



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C.

INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS LIBRI XX.

In quibus

ANTONIJ FABRI J.C.

CONIECTVRÆ

INVESTIGANTVR, ET REFELLVNTVR

Quidve

Circa easdem in Foro receptum sit

In gratiam Pragmaticorum disquiritur.

TOMVS ALTER.



NEAPOLI, Ex OFFICINA BVLIFONIANA cIↄ Iↄ c l xxviii.

SVB SIGNO SIRENIS

SVPERIORVM PERMISSV, ET PRIVILEGIO.

S.PHILIPPO NERIO
CONGREGATIONIS ORATORIJ

Conditori, & Cleri Neapolitani Patrono Præſtantiſſimo.

Sequentium Quinque Librorum donarium offert.

D. HIERONYMVS BORGIA.

HOS, *qui ſequuntur (Vir Sanctiſſime) Legalium inveſtigationum libellos, tuæ fidei potiſſimum comendandos curavi; nec dubito quin collimaverim: tum magnum Patronum eligens, tum meam in te humillimam devotionem obteſtans. Animum iſti meum & amorem, quem corde foveo tuam erga præclariſſimam Congregationem (quam Omnes hac in Vrbe Parthenopes Venerabundi admiramur, & Clerus præcipuè, qui ſub tuo Patrocinio, & ſpiritu Eccleſiaſtico floreſcit abundè, & literarum ſpecimine) declarabunt ampliſſimè, præferentque, & quidem juſtiſſimè. Tu etenim merito Virtutis tuæ, tuique exempli exemplari ſcivisti, & potuiſti (res planè ardua, & difficilis ut patraretur) efficere, ut Sanctitas quæ timida, & ſuſpecta aufugerat, ut ita dicam, ex Orbe, ſeque ipſam damnaverat ad Columnas, ut quemadmodum Statua obducta gelu, & ſole rigeſceret, & non ſecus, ac Bellua in Teſquis ferarum, fera & ipſa degeret ſolitaria, mitis, ac familiaris veniret, domeſtica non ſolum ut in Vrbibus habitaret, verum etiam ut Aulas Regum frequentaret innoxia, interque Nobilium Palatia, Civiumque domos erigeret, & Chriſtianæ Religionis obſervantem familiam, & familiæ obſervantis Chriſtianam Religionem. Et tu quoque, cui non ſat viſum è Cælis precibus noſtris vocatum accurrere, opemque divinam ferre,*

Alumnos ideò institui∫ti tibique dignos fecisti Succeßores, ut in terris etiam degens inter nos multiplicatus, quemcumque volentem cujusvis status foret Sanctimoniam illicò doceres, & ad perfectioris vitæ fastigium duceres. Ipse equidem, non eo inficias, hoc assequi debuissem; quippè qui ductus, & edoctus, & cum secularis eram uxorius, & cum Præsbiter, & Sacerdos, à te, scilicet à tuorum uno qui meæ conscientiæ præsidet, item Majestoso decore, fulgidaque venustate affectus, qua nos inter, Templum, & ipsum tuum, Sacrificia, Officia, Orationes, Conciones, & Armoniæ usquequaque pertentant animos, ad altiora ferri, & ad præmenda additata vestigia fortitèr impelli me sentio quotidie; At quoniam familiares curæ, & domesticæ, totque per annos frequentes labores in studijs secularibus, irretiere, & magnopere me reddunt inhabilem usque dum; Facio interim quod & tu cum inter mortales eras facere docuisti, & hac ipsamet studia, occupationes, laboresque Deo Optimo Maximo tibique offero, & grata reddo, ut potissimum de sequentibus investigationibus ago sub patrocinio Tuo in lucem emissis. Oro igitur, mihi exores, ut dum tot tantisque ictibus ærumnarum scalpri, totque impressionibus vicissitudinum humanarum voluit Altissimus me alterius in statuam Hominis efformare, demum velit perficere; ut Cælorum in Atrijs, hæc eadem patrata statua digna sit collocari.



ILLV-

ILLVSTRISSIMO D.
D. CAROLO CALÀ
DUCI DIANI,
MARCHIONI RHAMONTIS, ET VILLÆ NOVÆ

Nucariæ, Cannæ, Salæ Statusq; Vallis Diani, &c. Regulo *Regni Neapolitani Reg. Cancellariam Regenti, Status, Regisq; à latere Consil. ordinisque militaris D. Iacobi Equiti.*

JACOBUS RAILLARD FELICITATEM EXOPTAT.



Vper cum meas ad manus pervenissent posteriores libri decem Investigationum Iuris Civilis, ab exim. I. Consulto D. HIERONYMO BORGIA adversus conjecturas Antonij Fabri conscripti, quos ipse fiduciariè mihi transmiserat, ut quà diligentia typis Bulifonianis imprimi facerem: non priùs de opere edendo, quàm de patrono optimo illis providere curavi. Qualitas enim operis præclarissimum viri patrocinium expetere videbatur, qui genere, litterisq; clarus auctoritateq; super alios insurgere videretur. Nam quod saniori modestia, post Alciatū, Budęos, Connanos, Duarenos, Othomānos, Cujacios, cæterosq; illius sectatores fecisse cōstat, primus Faber exerto super alios capite propalàm in Pragmaticos debacchari ausus est, plenissimis de eorum erroribus editis cōmentarijs; adversus hæc Author noster, quæ ille nimis subtilitèr investigando à veritate detorsit, sivè in sententiarum juris expositione, sivè in verborum interpretatione, quæ in Iuris Consultorum responsis, rescriptorumque decretis, quæve rationi, receptisq; communitèr sententijs repugnare deprehendisset, ut reijcienda in hisce libris demonstravit. At quia hæ velitationes invidiæ stimulum exacuere, obtrectatorumque quęrelas maledictis, dicterijsque refertas producere solent, ad illas elidēdas valido defensore opus est. Hæc animo volutans tibi soli præ cęteris tutamen hoc posse convenire existimavi, summa enim tua authoritas, & spectata virtus, & mea erga te observantia hoc expetere videbātur: præter hæc quid ultra cōmemorem? quid de tuo genere dicam? si ad hęc me convérto, quis te melior? Tu clarissimis ortus natalib. originē gentis ad Suevos Brittannosq; Principes viros refers, à quibus prognatū germen ab eo usque quò radices in hoc Regno jecit, tot tātosq; Dynastas

ſtas,Duces, celeberrimoſq;viros produxit, ut velut ex equo Trojano milites innumeri prodijſſe cēſeatur: hi ex eorum ſpectata virtute oppidorũ, numero,divitijs magnis,honoribuſq; primis ab noſtris Regibus ditati fuere:acceptā ab his hęreditario jure animi magnitudinē apud te ad eo perlucet,ut meritò dignus tātorũ heroũ hęres cenſearis.Taceā nè qui in re litteraria ex tali ſtēmate claruere? Non omnes Martialē ſectati sũt aleam,ſed ſequioribus ſtudijs frugi in Reipublica,artibuſq;pacis floruere nonnulli,quorũ ſcripta celebrātur:tales fuere Cæſares,Marcellos, & demum Ill.D.Hieronymus germanus frater tuus qui licet præ divitũ trium oppidorum inLucanis dominiũ teneat,deReſtitutione deneganda librum condidit,pleraq;inſuper meditans.Ingenitum namq;videtur uni tuæ domui,quidquid ſplendoris arma,litteræq;conferre poſſunt,& ad virtutem ornandam appetitus. Commemorem ne an tua propria? Dubito ne in tuam modeſtiam offendā,liceat tātum mihi non reticere quæ patent. Avorum exercitium in armis ſequeris,quamplurium enim Dynaſtiarum dominium retines ex quo inter magnates adnumeraris. Si litteras,legaliſq; prudentię dogmata Philippi noſtri Regis feliciſſima recordatio pro teſte erit. Qui cōſcius virtutum tuarum juvenem penè imberbem in patronum fiſci Cameræ Regalis cum delegiſſet poſtmodum ad maximum ſtatus Regni concilium ejuſdemmet Regis à latere Conſiliarium deſtinavit:utriſq; enim mixtis nobilitate, & prudentia te ſingulariter ornatum non eſt qui ignoret. De te quiſq; prædicat illud Poetæ ad Maximum.

...... *Qui claris nomen virtutibus æquas*
Nec ſinis ingenium Nobilitate premi.

Meritò igitur opus hoc ad te properat quod & jure deberi mihi videtur: tutelam autē accipere tua magnanimitas non dedignabitur, nam ſi ad oblatorem animum cōvertes, clientari obſequio tibi devinctus obſervantiæ teſtimoniũ reddere conatur. Si opus inſpicias ex utilitate operæ pretium ſpero,futurum enim credo,ut exterriti detractores in librum verba mala facere non audebunt.Sed rationes doctriniſq; pugnare ſtudebunt,neq; garrula turba quæ in verba magiſtri jurare ſolet nomen tuum temerare tentabit,cujus liber in rei teſtimonium nomen pręfert, ſed à te tanta dignitate, & ſcientia ornato judicium expectabit. Igitur utriſque Conſultum,& ex fide me feciſſe cognoſcam,ſi apud te locum libro dederis quem mihi addictiſſimo ex quo pluries tuo ſub omine tutum cognovi. Vale, iterumque vale, ut ego & cæteri Regis Catholici ſubditi optant. Deuſque te diù ſoſpitet. Ex ædibus noſtris prid. Kal. Auguſti MDCLXXVIII. No-

Nomenclatura eorum, qui viventes in his Libris Investigationum D.Hieronymi Borgiæ Iuris Consulti laudantur, eorumve sententiæ admittuntur, aut improbantur.

D. A*Ntonius Ioannes Centelles, Marchio, Regens, &c. Lib.18.cap.14. num 4.*

D.Antonius de Gaeta Regens M.Cam. Locum:enens in h.c Regno lib.19. 12. in fine.

Antonius Florillus apud Catt. M. Regens, lib. 1.cap 7 num 14.

D.Antonius Navaretta Marchio, & Regens, lib.1 .cap 1 num.9.

P. Antonius Rossi Societatis Iesu, lib. 1. cap. 15.num.14.

Balthassar Pisanus I.C. lib.1 . cap.10. num 8.

Bartholomæus Chesius in Accademia Pisana Antecessor Primarius, lib.2. cap.15.num.3.Lib. 9.cap.5.num.7.

Blasius Altomare I.C lib.1 cap.3. n.13. & cap.6.num.17.lib.7.cap.3. nu.12. & sequenti & cap.7.nu.13. Lib.10. cap.18 num 14 Lib.12 cap. .num.6. & cap.8.num:10.& 11. & cap. 18. num.7.Lib.15.cap.7.num.9.

Blasius Cusanus in Accad Neap. Antecessor Primarius, lib.8 cap. 13.nu.8. & Lib.19 cap 9 num.6.

D. Caietanus de Afflicto ex Clerico Regulari Episcopus Cavensis, lib.1. cap. 18.num.13.& lib.8 cap 14. num 10.

Caietanus Ageta I.C. lib.15. cap.4.nu. 10.& lib.18.cap.2:num.3.

D. Carolus Calà Marchio Dux, & Regens lib.8.cap.12.num.10.

Carolus Cartarius Advocat. Concist. Decanus,&c. lib.20.cap.10. nu.11.

D.Carolus de Luca I.C.lib.1.cap.1.nu.13. & cap.14.in fine,& cap.15.num.14. Lib.2.cap.1.num.15.& cap.8.nu.17. & cap.12.num.8.Lib.5.cap.3. nu.15. & cap.15.in fine Lib.7,cap.17.n.10. & cap.18. num.11. Lib.8. cap.14. num.8.Lib.10.cap.5.num.10. & cap. 20. num.19. Lib.11.cap.10. num.6. Lib.17.cap.6.num.8.

D.Carolus Petra Regius Consiliarius lib.1. cap.1 num.20. & cap.12. num.20. Lib.4. cap.3.num.11. Lib.6. cap.10. in fine.

Carolus Rota I.C.Lib.16.cap.20.

Carolus Susanna I. C. lib.8. cap.10. num.4.

D.Cristoval Crespi y Valdaura.M Arag. V.C.& H sp.Monar. Gub.VII. vir, &c.lib.3.cap.3.nu 8 Lib.12. cap.16. nu.11.Lib.14.cap.15.nu.10. Lib.15. cap.17.num.9.Lib.17.cap.18. in fine Lib.18.cap.5.num.5.Lib.20. cap.4.

D.Didacus Soria y Morales Regens, & Marchio lib.16.cap.17. num.15.

D.Dominicus Diez de Aux. I.C. lib.20. cap.12.num.9.

D. Felix Lanzina y Ulloa, Regens, & S R.Consilij Præses,&c.lib.15.cap.4. num.16.

D.Franciscus Ramos del Manzano Serenissimi Caroli II.Regis nostri Catt.P. &c.lib.19.cap.12.num.4.

D.Franciscus Verde in Neap. Acc. Publ. Antecessor lib.3.cap.6.n.14. Lib.16. cap.15.num.5.

Fridericus Mininni Ar. & Med. Doctor lib. 17.cap.15.num.9.

D.Fulvius Caracciolus Reg. Consil. lib.19. cap.19.num.12.

D.Fulvius Maioranus I.C. lib.19. cap. 1. num.10,

D.Hieronymus Cappella in Neap.Acc.Publ. Antecessor lib.19.cap.4.in fine.

D. Hieronymus Oroz I.C. lib.4. cap. 17. num.1.Lib.12.cap.19.num.1. & cap. 20.num.2.

Hieronymus Valdetaro I.C. lib.6. cap.7. num.17.

D. Iacobus Capicius Galeota Dux, Regens Supr.Collat.Consf.Decanus lib.2. cap. 8.num.12.

Ianuarius Andreas M.C.Fisci Patronus lib,18.cap.16.num.9.

D.Ianuarius de Auria I.C.lib,16.cap.13. in fine.

Ioan-

Ioannes Caramuel Episcopus lib. 10. cap. 10. num. 8.

Ioannes Baptista Hodierna Reg. Consil. lib. 1. cap. 2. num. 18. Lib. 3. cap. 1. n. 13 & nu. 18. Lib. 6. cap. 4. num. 8. Lib. 9. cap. 8. num. 11. Lib. 13. cap. 5. num. 12. Lib. 14. num. 12. & cap. 17. num. 8. Lib. 15. cap. 10. num. 12. Lib. 17. cap. 5 nu. 14. Lib. 18: cap. 6. num. 12. Lib. 19. cap. 1. num. 12.

Ioannes Baptista de Luca SS. D. N. Papæ Auditor, &c. lib. 2. cap. 14. num. 12. & Lib. 8. cap. 11. num. 16.

Ioannes Bapt. Martuciello I.C. lib. 19. cap. 15. num. 20.

Ioannes Baptista Mucci I.C. lib. 18. cap. 1. num. 12.

Ioannes Baptista Nepita I.C. lib. 11. cap. 11. num. 9.

D. Ioseph Domenichi lib. 7. cap. 6. num. 2.

D. Ioseph Pulcrarelli in Neap. Accad. Ant. Primarius lib. 8. cap. 13. num. 8.

Ioseph Valletta I.C. lib. 17. cap. 12. num. 17.

Laurentius Crassus I.C. lib. 11. cap. 17. num. 11. lib. 14. cap. 12. num. 5.

Lucas Tripani I.C. & A.M.D. lib. 16. cap. 27. num. 15. Lib. 20. cap. 6. n. 5.

Michael Iustinianus Abbas ex Chij Dinastis, &c. lib. 17. cap. 7. num. 5. & Lib. 20. cap. 10. num. 10.

Paulus Staibanus Reg. Consi. lib. 1. cap. 1. num. 16. & cap. 12. nu. 16. & cap. 17. num. 11. Lib. 2. cap. 8. num. 14. Lib. 4. cap. 17. num. 8. Lib. 5. cap. 19. num. 9. vers. ex his. Lib. 6. cap. 6. nu. 14. Lib. 8. cap. 4. num. 12. Lib. 11. cap. 1. num. 15. & sequenti Lib. 12. cap. 9. nu. 5. Lib. 14 cap. 2. num. 15. Lib. 19. cap. 10. in fine.

D. Petrus Valero Regens lib. 18. cap. 4. num. 12.

Philippus Maresca I.C. lib. 20. cap. 5. num. 3. & passim, & cap. 6. num. 1. & cap. 7. in princ. & cap. 8. in fine.

D. Raphael de Vilosa Regens lib. 20. cap. 18. num. 14.

Scipio Martinus R. Consi. lib. 8. cap. 12. num. 10.

Vincentius Brilla I.C. lib. 14. cap. 20. num. 6. vers. Caterum lib. 19. cap. 15. num. 19.

Item & alij nonnulli quorum nomina in Operis discursu invenies.

APPROBATIONES EMINENTISSIME, ET REVERENDISSIME DOMINE

Examinatam à mè in Tomo altero Tertiam Partem Investigationum Domini D. Hieronymi Borgiæ in lucem prodire posse reor; cum in nihilo sanæ doctrinæ bonisve moribus adversetur, præstantiam verò illius ingenij seriò & funditus eiusdem solida, varia, ac nobilis Eruditio attestatur.

Quartam Partem Invest. Civil. Domini D. Hieronymi Borgiæ I.C. doctissimi mandante Eminen. Tua perlegi, committendam Typis sum votisnon modò enim abest ab eis error, sed imo suspicio erroris in Catholicam veritatem, & bonos mores, & in complexu omnia sciri, & laude digna restringunt. Neapoli Kal. Ianuarij 1678.

Emin. Tuæ Reu.

Addictiss. & humil. servus
Ioannes Bapt. Nepita

In Congreg. habita coram Eminen. D. Card. Caracciolo Archiepisc. Neap. sub 20. Aprilis 1678. fuit dictum, quod stante Relatione revisoris prædicti Imprimatur.

FRANC. SCANAGATA VIC. GEN.

Ioseph Imper. S. J. Theol. Emin.

EXCELLENTISSIME DOMINE

Legi atque pluries investigavi Investigationes Iuris Civilis, quibus D. Hieronymus Borgia Antonij Fabri Coniecturas elidit, Eas quia viri tam genere, quam virtutibus clari, & eius qui hac tempestate in Iurisprudentia atque alijs in scientijs bonarumque literarum studijs facilè Princeps, veluti Opera omni eruditione plena, & quæ specimen magni ingenij Authoris vi præferant, nihilque adversus Regiam Iurisdictionem contineant: prælo dignas existimo. Si Excell. Tuæ videbitur. Neap. 20. Ianuar. 1678.

Excellen. Tuæ.

Humillimus Cliens
Ioseph Valletta.

Visa supradicta Relatione imprimatur, & in publicatione servetur Regia Pragmatica.

GALEOTA REG. CARILLO REG. VALERO REG. CALA' REG. SORIA REG.

Provisum per Suam Excell. Neap. 15. Februarij 1678. *Mastellonus.*

D. HIE-



D.
HIERONYMI
BORGIÆ J.C.
INVESTIGATIONUM
JURIS CIVILIS

PARS TERTIA TERTIOS QVINQVE LIBROS COMPLECTENS.



CAPUT I.

De pluribus Correis debendi, & utrum pro fidejussore habendus sit is, ad quem pecunia non pervenit.

SVMMARIVM.

1 *Bartoli doctrina communiter recepta.*
2 *Probatur ex l.unde queritur D.commodati.*
3 *Fabri obiectio diluitur.*
4 *Item probatur ex l.tres tutores D.de admin. tutorum.*
5 *Fabri Responsio rejecta.*
6 *Item ex l.cumplures 60, §. vestimenta D. locati.*
7 *Commentum Fabri destruitur.*
8 *Item ex l.vir uxori 11. D.ad Vellejan.*
9 *Replicatio Fabri impugnatur.*
10 *Item ex l.si quis reum D.de liber.legata.*
11 *Repetentes, & Pragmatici cum Bartolo sentire videntur.*
12 *Conjecturis, & probationibus ostendi posse rem totam ad unum ex Correis pervenisse.*
13 *Recentiores Pragmatici quandam distinctionem induxère in foro receptam.*
14 *Quæ distinctio commentitia est.*
15 *Si mulier cum viro vendit pro certo pretio annuos introitus videtur fidejussisse & ideò iuvatur Vellejano.*
16 *Etiam si ipsa uti principalis virtuti fidejussor intervenisset.*
17 *Iuvabitur Vellejano mulier si se obligat cum viro pro dote extranea, aut privignæ.*
18 *Sed non filiæ propriæ.*

1 Quod dici solet pro fideiussore habendum eum ex Correis, ad quem pecunia non pervenit, aut utilitas rei gestę, ideòque beneficium excussionis competere, ex *Bartoli* doctrina *in l.3.§.ubi duo n.15. D.de duobus reis*; præferrim si paratum se offerat, ut periculo suo expensisque suis Correus alter, qui lucrum aut utilitatem negotij adeptus est, conveniatur; id ex intima juris prudentia desumptum est, firmaturque adeò apertis Juris Consultorum Responsis, ut planè ineptiat, qui oppositum sibi suadet cum *Fabro*; quod sequentibus ostenditur.

2 Primò adest textus in *l. unde quæritur 7. D. commodati*, in cujus specie, quæ ex §. *ultimo l.* 5. repetita Respondetur ab *Vlpiano* ex *Celso*; quod si ex duobus commodatarijs, à quibus res commodata furto fuerat subtracta, alter conveniatur qui furti non egit; & is paratus sit periculo suo conveniri; alterum, qui furti agendo lucrum sentijt ex re commodata: deber audiri, & absolvi: unde prædicti duo Juris Consulti stant pro sententia *Bartoli*.

3 *Faber* ut effugiat sub *num.* 6. scribit *Vlpianum* in proposito morum speciali ratione fuisse idque indicasse in illis verbis (*furti agendo*) nam cum commodatarius qui egit æstimationem consequutus fuerit, adeoque agendi socio potestatem ademerit, justissimum fuit ipsum solum teneri non etiam socium.

Sed parum tutum effugium est; tum quia non ex eo moveri *Vlpianum* constat, quod alter actionem consumpserit, facultatemque socio ademerit (quanquam & hoc sequurum fuerit) sed ex eo, quòd lucrum, is qui egit solus senserit æstimarionis pretio exacto, ideòq; nō scripsit J. C. *qui furti agendo facultatē alteri ademit, sed qui furti agendo lucrum sensit*. Cum prima, & principalis causa, quæ movit, fuerit, quod is, qui egerat pretium rei consequutus fuerit, atque ita totum lucrum senserir, & quia idem *Vlpianus* in *l.* 5. §. *ult.* hos commodararios quodammodo duos reos habēdos esse dixerat; rectè *Bartuliani hac l. 7.* utuntur. His adde ex eo etiam parum turum *Fabrianum* effugiū esse, quoniam esto verissimum sit, ideo unum ex commodararijs conveniendum quia egit, quia æstimationem rei consequurus est, quia socio potestatem agendi ademit, adhuc hæc omnia non aliud convincunt quam quod ideo conveniendus hic commodatarius, quia integrum lucrum pro se ipso voluit, quia socium nuluit participare, noluit agere posse, actionem omnem consumpsit, solidumque pretium exegit; arque hoc est, quod *Bartolus* dicebat, & nos cum eo defendimus; ideo ex Correis sulum teneri, qui integrum lucrum sensit, quoniam noluit eodem consocium participare totumque negotium suum, fecit pecuniamque omnem ad se pervenire voluir.

4 Secundò afferri solet pro *Bartolo tex. in l. tres tutores 55. D. de admin. tutorum*, in quo & si proponatur turores insolidum obligatos esse adijcitur quod ad pecuniā pupilli inter eos distributam non in majorem summam quisque ipsorum, quam accepir tenerur.

5 Occurrit *Faber* sub *num.* 4. dicens justissimum esse, ut ex pluribus turoribus ei, qui non gessit, subveniatur; quoniam tutela, quæ munus publicum est, & necessarium, invito potiùs quam volenti defertur, nisi justam habeat excusandi causam. Sed hæc ipsa Responsio contrà *Fabrum* retorquetur; quippè ex eo, quia munus publicum tutela est, & munus necessarium, imputari debuisset tutori, quod non eam gesserit, dùm gerere, & ipse tutelam debuerat post quam suscepit; ut idem *Triphon. in d. l. tres tutores* ratiocinatur, & Rescribunt *Imp. in l. fin. C. de dividendo arbitrio.* Scire namque debuit tutor quod non tantùm de his: quæ ab ipso gesta sunt conveniri porerat, sed de his, quæ gerere debuerat, nèc gessit *l. 1. C. si tutor, vel curator*; hinc dum non justam causam allegabat, ut ei succurreretur qui non gessit, sed potiùs contra se facientem, nam vel ideo plectendus quod nō gessit (unde ex benignitate processit, quod *Alex.* scripsit *in l. fin. C. si tutor, vel Curator*) ideo in prædicta *l. tres tutores* non debuerat Responderi unumquemque tutorum pro acceptæ pecuniæ rarione teneri, hoc autem cum responsū sit, justè idipsum in Correis affirmavit *Bart.*, præsertim cum non possit correo objici quod debuerat, & ipse ut lucri particeps fieret curare, quoniam negotium à principio ità gestum supponimus, & conventum, ut quamvis alter ad solidum se obligasset, alter totius negotij utilitatem sentiret.

Fateor tamen, & ego esse differentiam inter tutorem, & curatorem ex *l. 2. §. ult. D. de curat. bon. dandis*; Sed differentiam esse ajo inter tutorem, & curatorem volentem datū, & tutores alios; unde postrema hujus legis verba (*nisi invitus factus est; nàm si ità dicendum, non eum conveniendum*) sic explicanda erunt, ut ex ipsis intelligamus tutorem, quia invirus datus est, & curaror qui etiam invitus datus fuerit (nam aliud dicimus de curatore ipso volente dato) non esse conveniendos, sed tunc non esse conveniendos cum administratio negotiorum pupillarium, aur minorum fuerit ab alio facta, arque ab illo captatum de ea administratione lucrum.

6 Tertiò *Baldus* non ineptè ad receptam sententiam tutandam attulit, & ipse, quod ex *Jaboleno Labeo* scripsit in *l. cum plures 60. §. vestimenta D. locati*, nempè Fullonem non teneri, si suo periculo agi adversus furem pati paratus sit; nàm ex hac decisione edocemur, quod non injuria is, qui sumprus offerat, & in defectum se teneri velle pro ea re, cujus nullum sentijt lucrum, non molestari, prætendit.

7 Neq; audiēdus est *Faber*, qui cum non habeat, quid opponat, rergiversatur, asserēs *Triboniani* esse, non Juris Consultorum Responsum illud; quandoquidem neque inconveniens neque insuetum in jure est, ut rei furto subtractæ Dominus, ipse cotrà furem agat; & non is à quo ablata; finge hunc, etiam fullonem solvendo non esse, an non meliùs erit Domino agere? *l. itaque 12. D. de furtis.*

Igitur

Igitur quod solvendo Fullo sit non adeò ei obstabit, ut omnino solvere debeat, & posteà adversus furem agere, sed eatenus, ut debeat domino agenti, sumptus subministrare, & hoc dixère in tex. prædicto J. Consulti quibus nō novum est quædam à principio generalitèr, & indistinctè proponere, deinde eadem distinguere, & restringere, & limitare.

Potro verba illa: *Sed si hoc tibi impossibile esse prospexerit, tum Fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei præstare compellet*, nil absurdi continent, nil perversè dicūt, quoniā potest aliquid impossibile ipsi domino esse, de quo verbum (*tibi*) at non esse impossibile Fulloni, & potest certè; quia non de impossibili absolutè, sed de eo, quod *impossibili tibi erat*, nempè certè personæ loquuntur Iuris Consulti. Cæterùm si contextus verba minùs elegantia alicui ut *Fabro* videantur is observare debebit epitomen hanc esse quam tex. continet, & in Epitome plura obscura, quædam etiam mutila inveniri brevitatis ita causa concepta, aut relicta necesse est.

8 Quartò solet etiam adduci *l. vir uxori 17. §.mulier D. ad Vell.* & certè ad rem, nàm cum ibi I.Consultus velit mulierem non iuvandam pro ea parte pecuniæ, quæ ad ipsam pervenit, quia nō fidejussit respectu eius partis: non obscurè innuit pro altera parte, quæ ad alium pervenit censeri fideiussisse: ideoque iuvandā, unde rectè dicetur eum ex correis, ad quem non pervenit pecunia fideiussoris loco habendum esse.

9 Quod autem Respondet *Faber* ideò in *d.§.mulier*, succurri mulieri tanquam fideiussisset pro ea parte pecuniæ, quæ ad ipsam non pervenit; quia is, qui eam obligatam voluit in fraudem Senatus Consulti ità contraxit; adversus prædicta non militat, nam Primò nullo modo adaptari potest ad speciem in §. tractatam quippe proponitur in ea mulierem, & Titium in rem communem mutuatos esse, at hoc quod res communis erat fraudis omninò suspicionem à negotio, & à mutuante excludit, nam necessariam mutuò accipiendæ pecuniæ causam facit, & facit ut credamus creditorem nō solū nullius fraudis participem quæ nulla fuerat, sed etiam bona fide se gerentè, & cum in amborum rē, mulieris nempè, & Titij videret pecuniam suam verti, non aliud cogitasse quam eosdem ad majorem cautelam habere insolidum obligatos; unde quod mulier loco fideiussoris habeatur pro parte pervenra ad Titium, non ex fraude, aut ex Sco. Consulto descendit, sed ex iuris communis dispositione. Atquia secundum hanc dispositionem & si tanquam fideiussor remansa mulier adhùc ut talis teneretur, accedit posteà Senatus Consulti beneficium quo etiam à fideiussoria eximitur obligatione; & in hoc melior conditio mulieris est quam correi, nam correus ut fideiussor remanet obligatus, mulier ne ut fideiussor quidem. Nulla ergo fraus in proposita specie potuit intervenire, & si intervenisset nil aliud ultrà fecisset quam mulierem & si fideiussor ab obligatione eximere, quod iam fit, & si fraudem non præsumamus, ut certè præsumere non debemus; quamquam non esse citra fraudis suspicionem species *l. item si 19. alias l. Iulianus §. item ait si duas D. ad Maced.* ingenuè fatear.

10 Denique poterit etiam pro *Bartolo* expendi text. in *l. si quis reum 5. §. quod tamen D. de liber. legata*, nam ibi fideiussor ille ad quem pecūnia pervenit quamquam fideiussor fuerit, & uti talis intervenerit, etiam reus principalis esse intelligitur, & ut Reus tenetur; quid ni ergo idem dicemus de Reo principali qui & si ut talis intervenit pecuniæ tamen, & utilitatis negotij particeps non fuit? & cur hunc, vice versa, & si ut reus acceptus non nisi fideiussorem esse fateamur?

Concludamus igitur quod non obstante *Fabri* coniectura atque eiusdem obiectionibus, & Responsionibus certum exploratumq; in iuris nostri libris invenitur, quod ex pluribus Reis, & si insolidum acceptis, aut obligatis, ille ad quem pecunia, aut utilitas negotij non pervenit fidejussoris loco habendus est, ideòque audiendus si maximè suis expensis, discussionem principalis desideret.

11 Sed & si tum *Bartolus*, & qui eum sequuntur, tum qui ex *Pragmaticis* meliores sunt, ita sentire videantur ex his quæ scripta invenimus apud *Decium cons. 276. num. 3. Cravettam cons. 91. num. 2. Corneum cons. 316. lib. 4. Menochium cons. 560. nu. 8. lib. 6. & 795. Cremensem singul. 20. Manticam de tacitis, & ambiguis lib. 16. tit. 1. num. 3. Gratianum disceptationum forens. cap. 701. num. 5. & 962. num. 42. Franchis decis. 55. num. 8. Gabriel de fideiuss. conclus. 2. num. 1.* quinimò adeò id ve-
12 rum existimatū, ut etiam si non expressè, sed ex coniecturis appareat rem totam ad unum pervenisse, nihilominùs cæteros quamvis insolidum obligatos locu fideiussorum censendos, & hinc enumeratæ à nonnullis coniecturæ ex quibus eliciatur ad quem ex correis utilitas, aut pecunia pervenerit cum *Rubeo in decis. Rota Romana 114. lib. 1. num. 41.* Et ostensum ad idipsum demonstrandum quibus probationibus utendum sit cum *Hippolito singul. 509.*

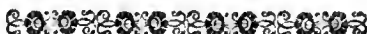
13 Attamèn deinde *Recentiores* ex ijsdem *Pragmaticis* declarationem nescio quam factam à *Gratiano discept. forens. c. 970. num. 24. & a Consil. Stathano in observatis ad resol. 42.*

(ubi sibi adversatus, & hisetiam quæ asseveraverat *resol.42.& in observatis ad n.23.* itemque in *d.res.82.*)sequuti prædictis se opponūt, & ita rem totam explicant, ut suprapositam doctrinam omninò supervacaneam reddant, & ferè cum *Fabro* hic conveniant: Nàm dicunt illum dumtaxat, ad quem pecunia pervenit habendum,ut principalem, & cæteros
14 Correos, ut fidejussores,cū hi omnes inter se agunt,& quę solverant quidam eorū à reliquis recuperare volunt; At non ita esse si res cum creditore agatur, & ille sit qui conveniat, & pecuniam petat; nam respectu illius omnes reos, & insolidum obligatos, & omnes tanquàm principales teneri etiā illos ad quos nihil venit. Hæc autem omnia, & si adversus tot juris nostri Capita de quibus supra eaque apertissimè de Creditore agente non de obligatis agentibus inter se tractātia, & nulla ratione nullove Juris Consulti Responso, aut *Imperatoria Constitutione* fulcita, tanta tamen fiducia asseruntur, ut non mirum si Practicis omnibus ferè imposuerint, sub quodam prætextu ęquitatis ad Creditoris favorē inductę;quasi nō offenderetur ęquitas, & iustitia in exigendò pecuniā ab eo qui nō accepit, & qui non alia voluntate, aut intentione intervenit,quam,ot alienam obligationē in se susciperet,hoc est,ut alienę obligationis securitas, & fidejussor interveniret non ot absque ulla utilitate propriam contraheret,& principalem; sub inquam quodam commentitiæ æqoitatis prætextu passim in foro obtineant: adeo ut multò minus sit,quod alij dicebant,post eumdem *Gratian.discept.c.122. num.21.* tunc non recipiendam *Bartoli* sententiam cum hi qui in obligationem insolidum promisère, promissionem etiam juramento firmarunt, ut *Parisius,& Bartolus* docebant ab ipso *Gratiano* relati,aut tunc cum fuerit tenunciatum beneficio Divisionis cum *Gab.d. Melliloquio* 303. Cæterum illud prorsùs ridiculum est quod cum hi *Pragmatici* sua hac nova distinctione Veterem *Bartoli* doctrinam prorsùs destruant hoc se facere neq; pusillanimi audent dicere, neque superbi alios dicere permittunt.

15 Sed de his satis videamus nunc quid aliud ad citatam *l. si vir uxori 17.§.mulier, & Titius D.ad Vellejan.* adnotatum reliquère, & circa ea quæ scripsit *Faber num.14.& seq.* dicunt. Primò quod facta venditione annuorum introituum ad formam Bullæ Pontificię d. Censibus, atque in eadem obligatis insolidum viro, & uxore, ideò uxorē intercessisse censendum,quia pecunia ad virum præsumitur pervenisse, ut affirmant *Tesaurus dec.222 num.14.& dec.223.n.2. & Rovit.ad Pragm. 1.ad S.Con.Vellejanum Afflictus dec.209. n.2. Manson.de causis exequutivis limit.10.nu.10. Amatus, Gaillus, Hondedeus,& Rodriquez* cum quibus *Consil.Staiban. citata resolut. 82. num. 5.*

16 Secundò hoc ipsum locum habere volunt, & si in instrumento obligationis non tanquam Correa, & insolidum, sed tanquam principalis uxor ipsa, & vir uti fidejussor intervenissent, etenim hoc in fraudem factum dicunt, & quæsito colore, *Angelus in §. item si col.16.vers.quod è contra instit.de except. Tesaurus* ubi suprà, *& Hondedeus cons.45.n.20. lib. 1.*

17 Quod si uxor cum viro intervenerint in dotanda altera muliere, sed extranea, adhùc idem dicendum, *ex Autent. si qua mulier ad Vell. Marescottus* notavit *variar. cap.43.nu. 13.lib.1.& c.50.n.15.& 16.lib.2. & R. Merlinus contr.cap.56,n.10.* sicot si non prorsùs extraneam, sed dotasset privignam idest viri sui filiam *Surdus dec.164.* cum tamèn Certum quod si pro filia propria dotanda insimul cum viro interveniat validè obligabitur uti asserunt post *Baldum Novellum de dote par.6.prin. 12.num.2. Velascum consult.121. Fabrum lib.5.tit.6.Codicis de dotis promissione, definit.8.* aliosque, cum quibus idem *Staiban. in d.resol.42.n.23.* non desunt tamen qui generalitèr velint quod pro dotanda qoalibet muliere validè obligatur uxor insimul cum viro post *Heringium de fideius.cap.7. nu.452. Gratian.discept.cap.669.n.22. Staib.in obser. ad d.res.92.*atq;ita *Pragmatici* non solum adversos *Pragmaticos* sentiunt, sed adversus semetipsos, aut obliviosi, aut varij, ut solent, & sibi ipsis Oppositi.



CAPUT II.

De Correis debendi, utrum vice mutua fidejussisse videantur.

SUMMARIUM.

1 *Vetus quæstio est quæ nunc proponitur.*
2 *Cum distinctione Respondendum.*
3 *Cum pecunia,aut lucrum ad unum perventum est,alij videntur fidejussisse unusquisque pro ea parte quam non accepit.*
4 *Distinctio inter Correos debendi: & Correos promittendi.*
5 *Respondetur ad adducta in contrarium.*
6 *Fabri sententia quæ, & Veterum Repetentium.*
7 *Sed non placuit Pragmaticis.*
8 *Qui aliter atque aliter sentiunt.*

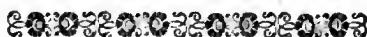
Ve-

1 VEtus hæc quæstio, & famigerata, utrum
Correi debendi vice mutua fidejussisse
videantur, & proinde omnia, quæ sunt circa
ipsam, &, adduci poterāt adducta, & vulgata,
Cæterum, mihi non simpliciter, & indistin-
ctè Respondendum videtur, sed adhibita ali-
2 quali distinctione, & in primis non aliter
vice mutua fidejussisse Correos quam si in
utriusque lucrum obligatio cesserit, tūc enim
quisque eorum principalis pro ea parte, quæ
ad ipsum pervenit, pro reliqua autem, quæ
3 ad sociū, fidejussor est, ut ex tex. in *l. vir uxori*
17. §. mulier D. ad Vellejan. suprà dicebamus,
& sanè textus ille adeo apertus est ut cum
evitari à *Jacobo Cujacio* non poßet cum coe-
git fateri quod videātur Correi vice mutua
intercedere, id quod quanquàm aliàs diver-
sum à fidejubere sit, attamèn in qoæstione de
qua agimus id ipsum importat, ut & *Faber* in
præsenti *num* 16. advertit, qui tamèn nil me-
lius habens quod priùs dixerat de fraude
Senatus Consulti *Vellejani*, & quod à no-
bis confutatum supra est, replicat in præ-
senti.

4 Itaq; ut apertius quid dicendum sit in pro-
posito exponamus, Primò admonendum est
quod doctrinæ gratia reos debēdi vocabimus
eos, ad quos pecunia, aut aliud lucrum ex
obligatione pervenit; ideòque tùm ex pro-
missione, tum etiam ex facto ipso obligati
sunt; Correos verò promittendi appellamus,
quos promissio, & stipulatio obligavit, com
tamen adhùc nullum lucrum ex obligatio-
ne senserint. Secundò in hac materia esse
aliquam differentiam inter Correorum speciē
observabimus, & hanc in eo esse quod in pri-
ma specie de Correis debendi semper verum,
ut suprà, eos vice mutua pro se ipsis fidejussisse
pro ea scilicet parte, quæ ad socium pervenit;
at in secunda de Correis promittendi quos
non ex re ipsa, sed ex propria promissione in
stipulationem deducta fieri diximus, quoniā
hi obligati omnes in solidum tenentur, nam
pari modo non poterit dici se ipsos vice mu-
tua fidejussisse (nisi alter eorum ultra promis-
sionem factam, lucrum quoque omne ha-
buisset de qoo supra) quod cū non evenit quia
omnes principales sunt, nemo pro altero
fidejussisse videbitur. At quanquam ut di-
ctum est fidejussores non sint, potuit tamen
Stipulator eos à principio ita accepisse, si vo-
luisset ut se vice mutua fidejussissent idque
est, quod *Papin.* Respondet in *l. reos 11. D. de*
duobus reis, hoc enim si fecerit stipulator
tunc Rei quoque promittendi vice mutua
erunt fidejussores.

5 His ita explicatis constat primò quod ea
quæ adducebat in contrarium *Joannes*, aut
pro ipsius sententia ab alijs adducebantur
partim non stringunt, partim explicati pos-
sunt, & rectè, de duobus reis promittendi fa-
ctis, non de Reis debendi; Unde quod alter
compensare possit, non juvat alterum, nisi
socij fuerint *l. si duo 10. D. de duobus reis*, aut
quod alter confusione liberetur, aut legato
consequatur liberationem *l. 3. §. nùnc de effe-*
6 *ctu l. si quis reū 5. D. de lib. leg.* & similia. At li-
cet ita nos rem hanc explicemus *Fabro* tàmen
placuit exigere etiam in Correis debendi nē-
dum in Correis promittendi, ut à principio,
& cum se obligabant convenissent ut vice
mutua se fidejussisse censerentur, quod qui-
busdam ex antiquioribus Repetentibus pla-
cuisse invenimus præsertim *Jacobo, Cino, &*
Bartolo ad l. reos D. de duobus reis, Mattesila-
no singul. 176. & similibus.

7 *Pragmaticis* verò non placuit, quid debēdi
Correos tanquàm invicem fidejussores sem-
per habuère, ideòque quod eorum unus sol-
vit etiam citrà cessionem pro portione recu-
perare actione mandati à Correo constanter
scripsère post *Apicellam de quinquennali di-*
latione tit. 1. nu. 47. Afflict. dec. 319. n. 13. iux-
ta tamèn explicationem *Rosa Genuensis dec.*
8 65. quamquam, & ex illis non desunt qui
reclament, & adhibendam velint distin-
ctionem inter causam onerosam, & lucra-
tivam, adeòque inter ipsos Correos inter-
ventos, ut videre est penes *Tesaurum, & Ma-*
strillum. apud *Consil. Staiban. resol.* 46. *& in*
observat. sua ibidem.



CAPVT III.

De Venulej responso in l. si ex duobus 12. §. 1. D. de duobus reis.

SVMMARIVM.

1 *Venulej Responsum non obscurum.*
2 *Quid in secunda ejus parte Respondeatur.*
3 *Explicatur in vers. quamquam.*
4 *Reicitur Fabri assertio.*
5 *Revera non inæqualis obligatio si servus habeat peculium.*
6 *Secundus Fabri error in explicandis verbis (ac si liber.)*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Duo rei non fiunt nisi ita conveniatur fieri.*
9 *Id ipsum in fidejussoribus.*
10 *Sed si conventum, tenebuntur, ut duo rei etiam subducta aliquorum persona invalide obligata.*

1 REsponsum Venulej in *l. si ex duobus* 12.
D. de duobus reis, nec obscuram inter-
pre-

pretationem, nèc ambiguam habet constructionem; si quis potiùs Interpretem, quam verborum captatorem agere velit: habet nāq; illud in prim: parte tractatū de duobus reis, quorum alter hodie, alter postera die, Respōderat, & quod concludit, cum, qui postera die respondit, nè obligatum quidem intelligi, id & in *l. duos reos 6. in fine sub eodem tit.* & plerisque alijs juris locis firmatur.

2 In secunda autem parte habet, quod si à Titio, & pupillo sine tutoris authoritate stipulatus fuero eadem decem vel à servo, & quasi duos reos promittendi constitui ex *Juliani* sententia Titius solus obligatus erit. Hoc autem apertam etiam habet iuris rationem, si pupillus locupletior factus non proponatur, ut vel *Accursius*, & *Interpretes* Veteres adnotarunt.

3 Tandē quod in vers. *quanquàm* habetur, *quāquam si servus spoponderit in actione de peculio eadē observari debent, ac si liber fuisset*, idquoq; nullum scrupulum movere potest, cum explicet magis, ac magis antecedentia, & quæ de servo cum pupillo coniunctis, nimis generalitèr dicta erant, de servo illo, qui peculium nō habeat esse prolata nos docet; cū eo siquidem facta comparatio militat, nam si servus peculium habuisset aliud dicendum fuerat; obligatio namque tenet in isto casu, & eadem observanda erūt in illo, ac si liber promisisset, scil. eodem iure censebitur quo censetur quilibet correus, & insolidū obligatus unde insolidum convenietur, sed peculio tenus; hæc in citato Responso *Venulejus*, neque novum est I. Consultis, quod priùs generalitèr dixerāt, deinde restringere, & exponere ut supra.

4 Cum autem hæc tàm aperta sint, & tàm rectè passim à Nostris explicata, quid sibi velit *Faber* in præsenti planè non constat, nam varius est, miscet bona malis, & dum quædam admittit perperàm, quædam etiam perperàm teijcit in utroque errare dignoscitur, & in primis, in eo quod plerumque negat in proposito, servum remanere obligatum, & si peculium habeat, non tamēn dicti idoneam affert rationem, quam nullam habet, etenim, quam *Accursius* proposuerat de inæqualitate obligationum, & ipse arripit *num.* 25. jam ab

5 eodem *Accursio* explosa fuerat od verbum *fuisset*, cum certè non temerè quis dubitare possit, an verum sit, quod dicunt disparem futuram obligationem correorum; quippè quin immò futuram æqualem ex eo paret, quod æqualitèr Titius pater familias, & Sticus servus insolidum tenebuntur, & quod Dominus Stici ex persona illius peculio tenus tenebitur nō facit, ne insolidum obligatus servus fuerit; argumentum rei, quod si in peculio tātùm sit quantùm ad solidum præstandum sufficiat, solidum præstabit Dominus. Cæterum si insufficiens fuerit peculium id substantiam obligationis non mutat, nec inæqualem facit: alioquin dicemus quod si ex duobus Correis alter dives, alter vero inops sit aut in suis bonis non tantum habet quantum stipulatori pro solido præstandum esset; horū obligatio inæqualis sit censenda, & quod non erit uterque sive non erit is qui minus in bonis habet ad solidum obligatus, quod ineptissimum est.

6 Fallitur secundò *Faber* dum verba illa, *ac si liber fuisset*, ita exponit quasi scriptū foret, *ac si filius familias fuisset*, quando generalitèr exponere debebat, & ut sonant; *Venulej* enim sententia est in proposito servum habentem peculium ità obligatū ac si liberū foret, hinc ità Correū fieri, & insolidum eū teneri, quanquàm peculio tenus Dominus præstet; ac si paterfamilias fuisset; nec quia adijcitur, in actione de peculio eadem servari, ideò comparationē fieri cum filiofamilias dicemus, eo quod nonnisi filiusfamilias inter liberos homines peculium habeat; etenim non implicat dicere, servum obligari, ut alterum, & ut patremfamilias, & tamen domioum ejus præstare peculio tenus ut præstat pater pro filiofamilias, nam & filiosfamilias etiam dicimus obligari, ut liberos, & ut patres, & tamen peculio tenus eorum pareotes teneri, neque absurda hujusmodi locutio est; dum quod servus, ut liber obligetur, & ut pater, obligationem respicit, at quod dominus non præstet nisi quatenus in peculio, ut parentes pro filijs, id respicit præstationem.

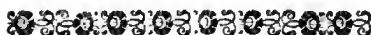
7 At quicquid Repeteotes senseriot de servi obligatiooe illud certum est, quod in exponenda hac *l. si ex duobus* 12. §. 1. *de duobus Reis* nullam difficultatem agnovisse videntur. Unde apud eos desumptum, quòd disparitas in obligationis substantia non impedit duorum reorum constitutionem, ita affirmantes post *Bartolum*, & *Ioannem Ronchegalium* ad hanc legem.

8 Cæterùm nonnulli sunt ex Nostraribus qui eatenus admittunt duorum reorum constitutionem, quatenùs irà in contractu expressè conventum fuerit, aut per necessariam consequentiā, vel per urgentes conjecturas, irà voluisse contrahentes appareat, cum alioquin si simplicirèr in eodem contractu plures interveniant promissores unumquemque ex eis pro parte sua intervenisse volunt cum *Bartolo*, *Baldo*, *Imola Alex.* & similibus in *l. si cum dotem §. sin autem D. soluto matrimonio*, & *cum Ruino cons.* 57. *num.* 17. & *Boerio decis.* 23. *num.* 10.

9 Hoc autem quod dictum est habebit quoq; locum cum plures pro eodem debitore fideiusserint, aut promiserint; nam & horum quilibet pro sua parte tenebitur: & quamquam

quam sint ex eis, qui invalidè ad obligationem accessère ideoq; ab ea subducti, nihilominùs non ad solidum, sed ad partem propriam dûtaxàt hi qui remanent tenebûtur ut *ex l. si paternam* 8. *C. ad Vellejanum Bartolus* docet, & *Gedeus ex Neotericis de contrahenda stipulatione cap.* 5. *num.* 16. post *Cujacium Novella* 5. quod & *Pragmatici* fatentur cum *Franco de fidejuss cap.* 1. *num.* 3.

10 Denique si tanquàm duo rei expressè accepti fidejussores, aut expromissores fuerint, teneri eos insolidum, nemo est qui dubitat, & si subducatur persona aliquorum ab obligatione, ut ex *l. si Titius* 48. *D. de fideiuss.* ejusque explicatione, & conciliatione cum alijs iuribus ostendit, & rectè *Valentia* noster *tractat illustrium tract.* 4. *cap.* 3. *lib.* 1.



CAPVT IV.

De Iustinianea Constitutione in Novella 99.

SVMMARIVM.

1 *In quibus Reis locum habeat Iustiniani Novella* 99.
2 *Quid illud sit quod in dicta Novella noviter Iustinianus constituit? Fabri Responsio.*
3 *Non placet.*
4 *Quid Veteres Repetentes.*
5 *Quid importat an duo Rei fuerint invicem fidejussores nec nè?*
6 *Socij ferè semper duo Rei constituuntur.*
7 *De compensatione cum debito Correi, aut Socij.*
8 *Correi constituuntur tum per expressam conventionem, tum per elicitam ex conjecturis.*
9 *Correi habent Iustinianeum beneficium & quando.*
10 *Quid Cujacius senserit de Iustiniani hac Novella* 99.
11 *Cum Cujacio aliquando nonnulli Pragmatici sentière.*
12 *Sed omnium rectius Donellus dictam Novellam exposuit.*
13 *Quid apud Ispanos Receptum in hac Re.*

1 QUod *Iustinianus* sanxit in sua *Novella* 99. id propriè in duobus reis debendi, quos invicem fidejussores esse pro lucri parte, quæ ad socium pervenit jam diximus, locum habet; & quidem de his *Iustinianum* agere ostendunt apertissimè verba illa: *Si quis enim alterna fidejussione obligatos sumat*, itèq; illa. *Sed interim secundum partem, qua unusquisque obligatus est*: Et rursùs. *Singulos in propria parte, quod sub alterna promissione ereditum est*; intelligimus enim ex his Correos non solum insolidum acceptos, sed sub alterna quoque fidejussione, quod non alio modo fieri contingit quam eo quem suprà expofuimus, scilicet, pecunia sive lucro per partes ad omnes pervento; nam tunc quilibet pro parte, quæ pervenit ad socium fideiussisse videbitur. Cæterùm in proposito *Iustiniani* si non tam factum ipsum quam pacta considerâda, videbatur potiùs oppositum dicendû esse, nàm videbatur pactum fuisse, ut insolidum quilibet teneretur, non obstante, quod partem accepisset. en *Iustiniani* verba: *Si verè aliquid etiam tale adijciatur, servari quidem pactum, non tamen mox ab initio unumquemq; insolidum exigi, sed interim secundum partem, qua unusquisque obligatus est*, hæc autem cum assumant; Correos insolidum acceptos esse in partem obligatos supponunt, nam non alitèr id verum esse potest, quod pro parte ad Correum perventa fideiussor non principalis is fit qui se insolidum obligavit.

2 Sed cum prædicta perspicua sint, illud ambiguum Interpretibus visum est, utrùm *Iustinianus* in hac eadem *Novella* Constituendi duos reos mutaverit modum, an verò dumtaxàt exigendi eos, & exequendi, & *Faber* utrumque mutasse; quinimmò in specie modum accipiendi Reos contendit; nàm vult post *Iustiniani Constit.* non sufficere Correos constitui, sed oportere adijci pactum, ut quisq; insolidum teneatur, & proinde ius vetus abrogatum fuisse.

3 Mihi è contra assertio *Fabriana* parum tuta videtur; & ex utroque capite, nam neque *Iustinianum* pactum exegisse constar, neque ius Vetus mutasse, & quidem illud primum de pacto ad hoc ut duo rei insolidum constituantur, nunquam deduci potetit ex verbis adductis à *Fabro*, aut ex aliqua coniectura, aut alijs verbis firmari, quod *Iustinianus* primò sanxerit, & exquisierit in constitutione reorum. Secûdum verò, nempè iuris veteris abrogationem, adhùc parum tutè affirmabimus quâdo apertè videmus iure veteri etiam obtinuisse non alitèr Correos fieri, quàm si ità pactum fuisset, ut ex *l. reos* 11. *de duobus reis, alijsq; iuribus* probari potest, neque ideò inepti I. Consulti, qui plerisque locis scripserint simplicitèr, Correos debendi insolidû acceptos, insolidum obligatos; absq; quod de pacto fecerint mentionem, siquidem sufficeit dixisse acceptos, & obligatos, ut intelligeremus rectè acceptos cum pacto, & eo modo quo rectè Correos acceptos esse oporteret; dum enim rem gestam referunt I. Consulti, aptissimè gestam supponunt, & nos ita etiâ debemus supponere ex vulgatis Regulis,

Cæ-

Cæterùm cum *Iustinianus* de Correis ἀλληλεγγύων ut Greci, sivè sub alterna fideiussione acceptis, veluti de re usitata tractet, nèc à se primo constitutum dicat, & sancitum ut ità Correi acciperentur; nemo non intelligit etiã ante *Iustinianum* fuisse Correos, qui licèt in solidum acciperentur, invicem tamen fideiussures forent, & sub alterna fideiussione obligati; hoc autem non alitèr verum esse potest, nisi verum quod in præcedenti Capite dicebamus Correos debendi, & si in solidum obligatos pro parte ad socium perventa fideiussores esse, non principales.

4 Sed quamquam nos ità ratiocinemur quid tamen illud sit, quod *Iustinianus in hac Novella 99. de duobus reis* reassumpta *in Autent. hoc ita C. de duobus reis* cõstituerit, & an & in quibus veteri iure derogaverit, adhùc non constat apud *Interpretes*, qui nutabundi tamen, & incerti post *Accursium, Bartolum, & Paulum de Castro in l. 2. D. de duobus reis, & in d. Autent. hoc ita* scripsère *Iustinianum* in prædicta *Novella* nihil mutasse circà formam constituendi Reos debendi, sed tantummodò aliqua constituisse de novo circà modum exigendi à duobus Reis constitutis, aut exequendi contrà ipsos.

Hinc ex horum sententia duo Rei etiam post *Novellam*, constitui poterunt, tùm per stipulationem, tum per quemlibet contractũ, nempè emptionis, venditiunis, locationis, conductionis, & similium, quod *Papinianus* docuerat in *l. eamdem rem 9. D. de duobus reis constituendis*. Verùm ut constituantur ea quoque servanda sunt, quæ explicantur in *l. 2. 3. & 4. D. eod. de duobus reis, & in tit. instit. de duobus reis stipulandi, & promittendi*. Hos autem Reos, ità acceptos singulos in solidum obligari palam est, ut habemus in *§. duo, plures instit. de duobus reis, & in l. 9. §. ult. & l. 3. §. 1. D. de duobus reis, & in l. 2. C. eod. tit.*

5 Quod si hi duo non sulùm tanquam duo Rei promittendi accipiantur, sed etiam tanquam fideiussores vice mutua, ut est in *l. reos 11. D. duobus reis*, hoc non tàm proderit creditori, cui sufficit tanquàm duos Reos promittendi eos habuisse sibi obligatos, quam proderit ipsismet Reis, quoad seipsos, etenim si unus eorũ solverit; quoniàm respectu Correi, & pro parte Correi fideiussor est, habebit adversùs illum pro recuperanda portione ab eo debita, & à se soluta mandati actionem, ut supra ex Nostris retulimus, quæ actio illa est, quæ datur fideiussori, qui pro Reo solvit *§. si quod autem inst. de fideiuss. l. 6. §. si passus l. ex mandato 20. §. 1 l. rogatus 33. l. si pro se 40. l. qui fide 53. D. mandati.* Cum alioquin si invicem fideiussures non fuissent, quia Reus promittendi solidum solvens, id solvit quod ipse debet, quãquam Correo profecerit, attamen adversùs illum actionem non habebit; nàm obligatione perempta unius solutione, cæteri liberantur *§. duo instit. de duobus reis l. 3. §. 1. D. de duobus reis*, nisi tamèn antè solutionem adversùs Correum à creditore cessionem impetrasset, qui solvit, de quo casu mentio fit in hac *Novella*, ut à *Doctoribus* animadversum est, præcipuè à *Gifanio in l. 1. in princ. l. 2. & l. 6. C. de oblig. & actionib.* At non ideò omninò perdet is, qui solvit, quod solvit pro parte Currei; quia actio pro socio superest, qua agi possit, ut benè *Ritersusius* notat *in iure Iustiniano par. 3. cap. 6.*

6 His autem quæ dicta sunt, & illud addendum, quod si socii omnium bonorum fuerint hi, qui se obligavère, duo Rei erunt, & in solidum tenebuntur, eo ipso quod alteri insimul obligantur, & si non exprimant se in solidum obligari, & debitum suscipere *l. si socijs simus D. pro socio, & ex Decio Vbaldo*, & aliis *Menochius cons. 375. num. 4. Rolandus cons. 91. lib. 1.* Quod si socij hi fuerint, non omnium bonorum, sed singularium rerum tunc non statim obligabuntur in solidum, sed tantum si iure societatis, aut ex causa societatis debitum contraxerint, ut post *Alexandrum, & Parisiu* adnotatum reliquit *Consiliarius Roccus in Notabilibus de societate Mercatorum Notabili 5.* & sequentibus. Videas tamen *Riccium collect. 1376. & 1913.*

7 At si quætas, an Correorum unus compẽsare possit quod alteri debetur, cũ socij sũt, si iuris nostri capita attẽdas expedita res est; nam in illis Responsum est affirmativè quod possint, & hoc quoque & si socij non sint, ut notavit *Accursius in l. si duo 10. D. de duobus reis*, & post eũ *Cuiac. ad hãc Novellam*, & plerique alij; At si *Pragmaticorum* tradita attendas, vix invenies quid secure dicas, nam neque concordes illi sunt, neq; explicari, & quamquam eorum quidam compensationem concedant attamẽ multo plures omninò denegant, nec patiuntur debitum alterius ex socijs opponi adversus creditum commune societatis post *Rotam Genuensem decis. 25. num. 3. & decis. 26. num. 30. Felic: de societate cap. 3. num. 62.* & eundem *Consiliarium Roccum in Notabilibus de societate mercatorum Notabili 16. num. 43.*

8 Sed ut ad ea, quæ priùs diximus revertamur, sequitur ex suprà posita *Accursij, & Bartoli* etiam doctrina, quod hodie duo Rei, ut & antiquitùs, constituantur, & non tantum per expressam conventionem, sed etiam per tacitum intellectum, & ut *Pragmatici* loquuntur per coniecturas, ut fundat eadem *Rota Genuensis decis. 90. nu. 7. Cravetta cons. 75.* Verum enimverò quia ex hac nova *Iustiniani Constit.* in exequutione, & exactione esse ius vetus immutatum diximus fateri eos, sequetur

9 quod

9 quod & si Correi insolidum ex pacto accepti fuerint, adhuc *Justinianeum* beneficium divisionis habebunt, quandiù Correi reliqui præsentes, & solvendo sunt, ut *Ritters.* loco citato explicat, & *Gomez. variarum 2.cap. 11. nu. 2.* Item *Joannes Guttierez. de iuram. confirmat. in 1.par.cap.23.num.10. & pract.lib.5. qu.90. num.2. & 3.tit. 25.* at cum Correi cæteri non solvendo fuerint, tùnc non habebit beneficiũ illud qui solvẽs est, *Mathes.sing.15. Afflict. decis.142.& 319.Cavalc.decis.30.par.2.num. 16.Ludov.decis.Lucensi 30.nu.29. Gaillus obser. 14. lib.2. Arresto 12.* sicut cum cæteri Correi absentes, quoniàm absentem pro notorio non solvendo habent Practici post *Ludovicum decis. Lucensi 21.nu.4.* rursùs oportere eum qui habet hoc beneficium divisionis illud opponere in specie, Nostri docent cum *Gaillo obser.46.num.18.*

10 Sed & si ità Veteres, & plerique ex *Neotericis*, & *Pragmaticis* magis communitèr disseraot, & prædicta adnotent. Attameò *Jacobus Cujacius*, tùm in hac *Novella* 99. tùm ad *tit. Cod.de duobus reis, tùm lib.11.responsorum Papiniani in l. Reos 11. §. cum tabulis D. de duobus reis*, adversùs *Accursium, & Bartolum* disputat, & non tàm in exequendi modo, aut in exigendo, quàm in modo constituendi Reos *Justinianum* in hac *Novella* ius vetus immotasse contendit; ideòque constitoisse vult non alitèr duos Reos promittendi constitui, quàm si specialitèr dictum sit, ut singuli teneantur insolidum, atque hæc *Cujacij* sen-

11 tentia quandoque etiam eisdem *Pragmaticis* placuit. Unde voluère expressè ità paciscendum ad hoc, ut duo rei promittendi constituantur, alioquin simplicitèr fore obligatos, uti unusquisq; in virilem acceptus. *Ozasc hus decis.44. Rota Genuensis decis.97.nu.13. decis.171. & 176. num.6.* quibus sive potiùs *Cujacio* videtur hic assentiri *Faber*, dùm tam in Coostituendo duobus Reis quam in exequendo scribit *Justinianum* sanxisse non alitèr insolidum teneri, neque insolidum exigi posse, nisi ità in specie, & per pactum cautum fuerit.

12 *Donellus* verò *ad tit. Codicis de duobus reis cap.12.* utrumque negat, & meliùs re perpensa, ait hanc *Novellam* neque de acceptatione duorum Reorum, neque de eorum exactione, aut executione adversùs eos, quicquam mutasse, sed tantùm loquutam de duobus reis vice mutua acceptis in fideiussores, & hęc quidem sententia verisimilior est, & ad literam magis accomodata.

13 Quid autẽ apud Hispanos in hac re immutatũ sit ex patrijs legibus habes apud *Azevedũ in l.1.tit.16. nova cõpilat.lib.5. Greg. Lopez. l.10. tit.12.par.5. Jo.Guttierez, & Olerum, ex quibus Valenza tract.illustr.tract.4.cap.4.lib.1.*

Tom. II.



CAPUT V.

De Papiniani Responso in §.duo rei l.inter eos 51.D.de fidejuss.

SUMMARIUM.

1 *Papiniani Responsum in l. inter eos §.duo rei de fidejuss.non est correctum a Justiniano.*
2 *Nam non tractat de Reis vice mutua fideiussoribus.*
3 *Subvertitur Fabri suppositio.*
4 *Quid veteres Repetentes.*
5 *De divisione actionis adversùs Correos in illis conveniendis.*
6 *Item & in exigendis.*

1 CUM ex his, quæ in proximo capite scripsimus adversùs *Fabrum*, appareat *Justiniani Novellam* 99. ad Correos illos pertinere, qui licèt insolidum acceptos; partem dumtaxàt debeant scil. ad eos, ad quos divisim, & cuilibet pro parte utilitas ex obligatione pervenit; oàm hos ἀλληλέγγυοι, & sub alterna fidejussione acceptos constat: Sequitur evidentissimè non priùs assentiendum eidem *Fabro* esse, censendumque cum eo abrogatum *Papiniani* responsum in §. *duo rei l. inter eos 51. D. de fidejuss.* quam probetur de iisdem Correis sub mutua fideiussione acceptis loquutum esse *Papinianum*, sed cum hoc probari nequeat, quia falsissimum est, oportet omninò dicere falsum esse somoium abrogationis Responsi prædicti.

2 Et sanè si *Papiniani* verba inspiciamus, quę diximus inveniemus clara, & aperta; dum enim in illis dicitur *duo rei promittendi separatim fidejussores dederunt*: jam satis ostenditur, non agi de Correis, quos vice mutua fidejussores esse dicebamus, scil. de Correis debendi (distinximus enim supra Correos debendi à Correis promittendi, & sicuti illos non teneri, nisi pro ea parte, quæ pervenit, ità hos insolidum teneri, nisi alitèr conventum fuerit cum stipularetur monuimus) hinc rectè *Papinianus* conclusit, non cogi invitum creditorem inter omnes fidejussores actionem dividere, & rectè hoc ipsum conclusisset post *Justiniani Novellas*; Nam in illis *Justinianus* non de his Correis, sed de alijs loquutus est. Igitur primo in eo est *Fabri* error, quod confundit Correos debendi cum Correis promittendi; deinde in eo quod credit *Justiniani* Constitutionem ad Correos pertinere, quando Sole ipso clarior est ad eos dum-

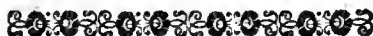
taxàt pertinere eam, qui sub mutua fideiussione fuerunt accepti.

3 Quod si *Faber* credidit, aut voluit nos credere, quod omnes Correi sivè promittendi, sivè debendi sint, semper sub alterna fideiussione accepti videntur, idcòque *Iustinianum* de omnibus loquutum esse; petam ego ab ipso an hoc (quod vice mutua fideiussisse videantur) *Iustinianus* novitèr induxerit, an iure veteri iam obtinuerat? & si dixerit *Iustin.* induxisse id falsum esse dicam, ut paulò ante in superiori capite adnotavi, nam dum sic *Iustinianus* loquitur: *Si quis enim alterna fideiussione obligatos sumat aliquos*, satis indicat non ipsum hoc inducere, neque primũ constituere ut possint Rei subalterna fideiussione accipi, sed inductum iam regulare in sua *Novella*, & dirigere; Restat ergo ut dicat iure veteri ita fuiße, id autem si concedat dabit *Faber* plusquàm oporteat; & cum negare velit absolutè Correos debendi confideiussores esse, Id absolutè concedit, & sibimet ipsi potiùs, quàm receptæ sententiæ adversatur.

4 Sed si deindè post *Fabrum* veterum Interpretum scripta investigemus, reperiemus, quod & si eorum plerique rem aliter explicaverint quam nos; nemo tamèn eorum asseruit *Papiniani* responsum, quod extat in *d. §. duo Rei, legis inter eos 52, D. de fideiuß.* abrogatum à *Iustiniano*, & antiquatum fuisse. Cæterùm cum post *Bartolum* iidem *Interpretes* ex *Papiniano* statuant inter fideiussores eorum, quorum unusquisque totum debet, non esse beneficium divisionis; Idipsum statim arripientes *Pragmatici* etiam alios esse casus asserunt, in quibus locus huic beneficio divisionis non fiat, cum *Colero de processs. execut. par. 1. cap. 10. a num. 361.*

5 Ad illud verò, quod hic dicitur posse creditorem dividere actionem suam, & reos pro parte convenire Advertunt Nostri, quod sivè insolidum duo rei conveniantur, sivè pro parte unico libello conveniri poterunt, adiecta clausula, quod unica solutio sufficiat, ità passim tradentes post *Bartolum ad d. Novellam 99. de duobus reis, Felinum ad cap. cum inter vers. fallit 4. de re iudic. & Velascum decis. 36. num. ult.* At cum ex Correis pluribus unum conveniens, aut alterum creditor, non clausulam illàm adiiciat, salvo iure solidi videri debitum divisisse nostri contendunt post *Afflictum decis. 141. Cavalc. decis. 20. par. 2.* nisi debitor non solvendo foret, ut diximus.

6 Sed hæc, quæ de conventione dicta sunt, magis locum habebunt in exactione, nam si creditor, qui tres insolidum habet obligatos tertiam tantum partem ab uno acceperit is creditum divisisse videbitur, nisi id fecisset; idcircò quoniam non solvendo posteà efficiebatur ille, à quo exegit, aut nisi non tertiam partem, sed quartam, aut medietatem exegisset. Vide *Ludovicum decis. Lucensi 21. Petrum de Benintendens decis. 81. num. 6.* & alios si tamen Doctores requirendi, ubi apertum est *Dioclet. & Maximil.* Rescriptum *in l. si creditores 18. C. de pactis.*



CAPVT VI.

An Correo, qui totum solvit, mandati actio adversus Correum competat.

SVMMARIVM.

1 *Distinguendum est in proposita quæstione.*
2 *Non obstat Ratio a Fabro ponderata.*
3 *Quando acquirat Correus mandati actionem.*
4 *Reicitur Fabri obiectio.*
5 *Item & altera obiectio.*
6 *Firmatur recepta lectio in l. qui fide 53.*
7 *Quid Pragmatici.*
8 *Quidam dant actionem mandati Correo solventi etiam si Correus alter fuerit ignorans aut invitus.*
9 *Quod non places, & ratione.*
10 *At si Correus qui solvit jussu Iudicis solidum solvit habebit actionem mandati adversus Correum & si invitum.*

1 IN hac quæstione, utrum Correus, qui totum solvit, adversus Correum actionem mandati habeat criteriũ ad suprapositam distinctionem recurrendum, & erit secundum illam distinguendum, an de Correis illis tractetur, quos sub alterna fideiussione obligatos volumus, an verò de Correis promittendi, qui obligati ut illi non sunt, & si de his alterum totum solventem adversus Correum mãdati non habere actionem Respondendum erit, at si de illis habere eandem adversus
2 Correum sua opera liberatum dicemus; Neq; Ratio illa, qua *Faber* in præsenti utitur, ut omninò deneget hanc mandati actionem Correis urget, nempè, quod in hujusmodi negotio neq; tacitum, neq; expressum mandatũ interveniat; Etenim Respondemus non esse verum assumptum, & eo ipso tacitum mandatum intervenisse credendum, quod quis sciens, & prudens pro suo debito, alium solvere patitur, & se liberari, ut *Papinianus* apertis verbis respondet in *l. qui fide 53. D. mandati*, ibi, *qui fide alterius pro alio fidejussit præsente, & non recusante utrosque obligatos habet*

iure

jure mandati, quod si pro invito, vel ignorante alterutrius mandatum sequutus fidejussit, eum solùm conveniri potest, qui mandavit, non etiam reum promittendi, nec me movet, quod pecunia fidejussoris reus liberetur; id enim contingit, & si meo mandato pro alio solvas. Nam in his J. Conf. nos docet mandatum tacitè intervenisse eo ipso censendū, quod is, pro quo, quis obligatur, aut solvit, non contradicit, vel non ignorans rei gestæ est, & proindè si præsens sit, & non recuset mandari obligabitur, quanquam non expressè mandasset, id quod sanè evenit in Correo ut supra partem Correi scientis nec Recusantis solvente eique liberationem acquirente. Neque à *Papiniano* in citato Responso quo *Faber* hic abutitur sub *num. 2. Vlpianus* abhorret qui in *l. si remunerandi 6. §. si passus sit. D. Mādati* scribit *si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel alios intervenire mandati teneor, & nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio.*

3 Ex his & illud quoque deducitur, quod etiam antequam Correus solverit & à principio, nempè eo ipso, quod cum alio insolidum apud Titiū quis se obligavit pro pecunia, aut re accepta inter ipsos divisa jā pro ea parte, quæ ad socium pervenit, non ad se, fidejussit, & interveniendo pro socio eo sciēte, acceptante, & vice mutua pro se fidejubente, mandati actionem ex tunc acquisierit adversus illum, qui & vice versa adversus eum acquisivit, unde qui prior eorum pro parte socij nedum pro sua solvit, adversùs socium mandati actione rectissimè utetur.

4 Minùs obstat quod in prædictis insulsè, ait *Faber num. 3.* Correus, qui totum solvit, suum gessisse negotium videtur, nam ad solidum tenebatur; quoniam si ita ratiocinaris illud ipsum assumes, quod in quæstione est, scil. supponis cum ad solidum teneri ad quem non solidum pervenit, quando de hoc potissimum est controversia, ut diximus, & è contrà probatum est, qui partem accepit reū insolidum non teneri, & pro parte ad socium pervēta fideiussorem esse; unde argumentum rectissimè retorquetur; & quia Correus solvens alterius negotiū gessit, eo modo, quo fideiussores omnes suorum principalium gerunt, ideo mandati actionem habebunt, originem sumente hac actione à fideiussione in principio facta, ut diximus.

5 Rursùs neq; ad rem pertinet, quod si duo insolidum Correi accipiantur, quorum unus obligari non possit: is, qui solus in obligatione remanet, actionem mandati adversus alium non habebit quod *n. 4.* objicit *Faber*; nā hoc ad rem non facit; estque, ut dici solet, *extra Choream saltare*; dùm si de Reis promittendi id proponas, aliter de his nos sentire, quam de Reis debendi à principio monuimus, si verò de Reis debendi vix invenies Correum, qui cum partem lucri habuisse dicatur non obligetur etiam si pupillus fuerit, aut qui alias obligari non possit; at hoc etiam concesso, nil mirum erit, si is, qui solus in obligatione remanet, non habeat mādati actionem; nàm à principio solidum debuit; quia ipse solus reus factus est, & ad solidum; mirum verò esset si ille qui neq; solus in obligatione remansit, neq; solidum debuit ut reus principalis, si tamen solidum solvit, actionem non haberet mandati.

6 Denique, & illud moneam nequaquam recipiendam esse *Fabri* emendationem ad postrema *Papiniani* verba in *d. l. qui fide 53.* repugnant enim libri omnes, in quibus disertè scriptum, *& si mandato meo pro alio solvas, &c.* non ut *Faber* reponit, *& si sine mandato meo*; Græci etiam receptam lectionem asserunt; nàm in eorum libris *Basilicorum lib. 14. tit. 1. cap. 54.* vertere *id enim contingit & si me mandante pro alio solvas.*

7 At quia ut adnotavimus, plerique ex *Pragmaticis* in ea sententia sunt, ut velint eos, qui insolidū, tanquàm duo rei obligātur, vice mutua se fideiussisse censendum esse, adeòque mutuo fideiussiores esse, ijdem volunt, quod si unus totum solverit, portionem à socio recuperabit, & adversùs illum mandati actionem habebit, unde horum sententia fulciti poterit authoritate *Cujacij ad Africanum tractatu 4. & Heringij de fidejussoribus c. 125. nu. 141.* aliorumque ex quibus ità decernendum in Foro suadent *Natta cons. 658. num. 4.* & *Consil. Staibano citata* sæpiùs *resol. 46.*

8 Illud tamē concoquere multi non possunt, quod post *Mastrillum decis. Sicula 224. lib. 3.* quidam asseverant, scil. hoc ipsum dicendum, si qui solvit ignoranter, vel invito socio solverit; nàm videtur actio mandati vix posse competere adversus eum, qui non solùm non mandavit, sed ignoravit factum, aut etiā contradixit, & vetavit. Et tamen illi ultrò progrediuntur, & habere actionem volunt, & si qui solvit de recuperando à consocio, eoque sibi obligando non cogitaverit; cū aliàs apud omnes receptum sit, non parùm interesse, an qui solvit, id agat, ut se liberet, an

9 ut etiam alium sibi obligatum habeat. Nec ratio illa, qua moventur, quod cum quis solvit solidum sciens, & illam partem nō debere non censetur donare velle, cum pro socio solvat, & admodùm tuta est, & potiùs in adversum, & meliùs curret argumentum, si dicamus eum, qui scit, non solidum debere, scit, & socium partem debere, & tamen solvit non exprimē, se velle partem solutam à socio recuperare, aut sibi actionē adversùs illum cedi, non postulans iam donare velle credendum esse.

esse. Et sanè cum ponimus ignorantem, & aliud nō cogitantem Correum solvisse, non oportet aliud investigate, neq; aliud credere quā quod ille ad se liberandum inregrā pecuniā solverit, & proindè frustrà tandē repetere volet à socio, quod magis pro se, quam pro
10 illo solvit. Quod si invitum, & coactum à Iudice, aut Præpotente, socius solidum solvit, cum partem solvere maluisset, tùnc ultrò admirram eum à socio repetere partem posse soluti, & in hoc credam *Thesauro decisione* 191.*num*.4.



CAPVT VII.

De actione negotiorum gestorum, utrum Correo, qui totum solvit, competat.

SVMMARIVM.

1 *An Correus qui totum solvit habeat actionem negotiorum gestorum adversùs Correum; quidam affirmant cum quibus, & nos.*
2 *Sed negat Faber.*
3 *Effugium Fabri.*
4 *Occurritur.*
5 *Fabriana ponderatio pendet non ex juris ratione, sed ex facti circumstantijs.*
6 *Pragmatici stant adversus Fabrum, & actionem negotiorum gestorum concedunt Correo.*
7 *Sed in subsidium.*
8 *Iidem contendunt in l. nam & Servius, datam in illa specie actionem negotiorum gestorum.*

1 SCio *Accursio* nō solū, & *Molineo* damnati nominis Autori, Sed ex Nostris quibusdam visum Correo, qui rotum solvit, negotiorum gestorum salrèm actionem competere; Neq; ego, qui etiam actionem mandati competiruram defendi, dissentio; nàm sivè in proposito solutionem factam inspicias, sivè obligationem à principio contractam semper invenies Correum, qui solvit, utile negotium Correi gessisse: gessit enim à principio, cum pro eo fideiussit, scil. cum insolidum se obligavit, quando nonnisi patrem recepit, gessit etiam cum solvit eam partem quam non acceperat, & pro qua non principalis fuit, sed fideiussor quamquam ut principalis intervenisset.

2 Sed noster *Faber*, ut in admisso in antecedentibus errore persistat, sicuti in antecedenti cap. negavit, actionem mandati: ità in præsenti etiam negotiorum denegat actionem Correo totum solventi, facit tamen hoc apertè adversùs Iuris prudentiæ principia, & primas Regulas; nàm esto id non convincant, quæ sunt ab *Accursio*, vel ab impio *Molineo* congesta Iuris loca, & argumenta; satis tamen convincit iuris ratio quod cum ut mox dicebamus Correus ad solidum se obligat, dum partem dumtaxàt recipit, utile negotium Correi gerit ad quem illa pars pervenit, & proindè urile negotiorū gestorū acquirit actionem, hoc autem cum nec ipse
3 *Faber* posset dissimulare, tentavit effugere sub *num*. 25. dum ad tex. in *l. filius familias* 15. *D. de in rem verso*, quo rectissimè recepta sententia fulcitur) Respondet aliud esse, si quis constituat se soluturum, quod alius debet, aliud esse si quis cum altero veluti duo rei obligetur, priore casu is, qui constiruit, pro alio obligatur, non secùs, ac fideiussor. Secundò non ità est; nàm non potest dignosci uter pro alio sit obligatus, cum utrumq; obli-
4 gatio teneat; & non videt quod hujusmodi Respōsio facilè refellitur, dū ab ipsamet concluditur quod sicuti ideo qui constiruit se soluturum quod alius debet, alterius suscipit obligationem quoniam solvit quod non ipse, sed alius accepit; ira à pari Correus cū solvit pro Correo, quia solvit quod non accepir pro alio solvit, & licer à principio cum se obligaret, quia vice versa, & socius se pro ipso obligavit, non apparuit, cujus utile negotium gestum fuerir, nam potiùs utriusque, quam alterius gestum videbatur; attamèn posteà exitus rem patefecit, & solutio declaravit in cujus utilitatem tandem negotium cessit, & obligatio facta, nempè in illius pro quo demum ab alio solutum est.

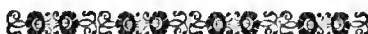
Et quod Creditot nentri pecuniam mutuasset, nisi uterq; insolidum se obligasset nō facit ut ideò is, qui etiam pro parte ad socium pervēta se obligavit utile negotium illius nō gesserit, nā ex eo quod ego aliquam sētio utilitatem dum utilitèr gero alterius negotium, non fit, ut ideò mihi deneganda sit actio quando re vera gessi; finge me parietem, in quo particulam habeo fulcisse; finge ut servum tuum fugitivum recuperarem, me pecuniam impendisse, cum tamen quædam opera mihi servus esset præstaturus, an ideò non utile negotium tibi gero, quia modica ex eo mihi urilitas resultat? Certè quod non. Cæ-
5 terùm hoc quod creditor neutri mutuaturus fuisset, nisi insolidum se obligassent, facti potiùs est, & potest oppositum ejus verum esse; idcòque parùm movere debet; sufficit enim utilitatem à Correis acceptam fuisse, quæ nō solū divisibilis, sed divisa, & sufficit, quod Correus, qui se obligavit, & postea solvit, non solummodo suum, sed Correi, etiam negotium gesserit, nam ex his actio negoriorum nascetur exemplo ejus, qui in rem com-

munem

munem impendit, de quo *Paulus in l. in hoc iudicium 14. §. 1. vers. diversum est enim D. com. divid.* Hoc autem adeò verum est ut posito etiam quod à principio potiùs de sua utilitate sollicitus, quam de Correi negotio gerendo fuisset creditor (quod tamē facti potiùs, quàm iuris inspectionē habet) nihilominùs ex eo, quod tandem eventus utilitatem Correo attulit actio negotiorum gestorum nascetur ut in simili scriptum est in *l. si pro patre 10. §. fin. D. de in rem verso*, à quo loco rectè quis arguet pro recepta sententia adversùs *Fabrum* quidquid ipse *nu. 28.* comminiscatur.

6 At *Pragmatici* & ipsi contrà ea, quæ *Faber* hic disputando assequi credit concludūt, dum & actionem mandati, ut supra, ac etiam negotiorum gestorum habere Correum contendunt, ut totiès diximus: etenim cum videant solutionem unius ex Correis alterum liberare, sicut & acceptilatio, & novatio liberasset, adduci non possunt, ut post *Capellam Tholosanam*, & ibi Addentes *quæst. 264.* & *Petrum Benintendens decis. 8.* & sequaces, non concedant ultro Correo, qui solvēdo profuit socio, utile negotiorum gestorum actionem, præsertim cum apud eos Regula sit, quod cuicumque solventi pro alio negotiorum gestorum competat actio, ut *Rota* notavit *decis. 197.* & explicavit *Hartamanus lib. 2. c. 6. tit. de debito, & Rota Genuensis decis. 123.* quàm Regulam sunt, & qui, in aliquibus casibus protractam velint, etiam ad solventem pro invito ex doctrina *Bartoli ad l. 16. D. de peculio leg. & Romani singul. 240.* Et ideò cum illam omni modò in Correis locum habere contendant ex *Gloss. in l. 2. C. de duobus reis*, *Baldo in l. si in rem*, *Ripa in l. si ex toto §. fin. D. de leg. 1. Cravetta cons. 77. Ronchegallio ad l. reos num. 47. & sequ.* & ex ratiocinatione *Tesauri decis. 191. num. 6.*, constantèr concludunt sēper negotiorum gestorum actionem competere Correo, qui & si pro se solverit adhùc & socium liberavit, & hoc in confideiussoribus insolidum obligatis nonnulli & rectè admittunt ex Adnotatis à *Gaspare Tesauro* ad citatā patris *decis. 191* nàm quamvis ibidem concludat citrà cessionem non habere fidejussorem contrà socium beneficium divisionis, & in hoc esse diversam fideiussorum conditionem à conditione Correorum, id tunc verum Nostri volunt, cum aut actione mandati, aut actione directa creditori competenre uti vellet is quī solvit: at cum non alia, quam sibi quæsita ex negotio socij utilitèr gesti actio-
7 ne experiatur, tunc rectè agere existimant etiam citra cessionem, & proinde in subsidium: & cum nulla alia actio supersit concedendam, hanc negotiorum gestorum unanimes clamant, post *Interpretes cum Surdo cons. 183. num. 17. vol. 2. Franco decis. 34. n. 8. Amato variarum resolut. 7. num 13. Arias de Mesa disput. 35. lib. 1. tit. 3. num. 8.*

8 Hinc quod ait hic *Faber* sub *num. 12.* in specie *legis*; *nam & Servius 21. D. de negotijs gestis* Prætorem, ei qui pro illo, qui apud hostes remanserat, pecuniam solverat, non tàm actionem negotiorū gestorum quàm actionē in factum, & ex æquitate dedisse hoc negant Nostri, & quinimmò actionem negotiorum gestorum competentem à Prætore datam côtendunt post *Bartolum*, *Baldum*, & sequaces, quorum etiam nonnulli dictum tex. in *l. nam Servius* etiam ad Obsides datos producunt, & tractant de Obsidibus cum *Soccino regul. 218. in Sintagm. lib. 19. cap. 13. & Felino in cap. rescriptum de jurejurando num. 5. & seq.*



CAPVT VIII.

De communi dividundo actione, an ipsa quoque possit Correo competere.

SVMMARIVM.

1 *Huic quæstioni secundum nostram sententiam vix locus potest relinqui.*
2 *Sed defendi potest adversùs Fabrum communi dividundo iudicium competere.*
3 *Reiicitur fundamentum Fabri.*
4 *Probatur allata sententia.*
5 *Resolvitur obiectio.*
6 *Quid Practici? hi affirmant.*
7 *Sed sunt qui negant.*
8 *Quorum sententia refellitur.*
9 *In quo casu locus eorum assertioni?*
10 *Quid in domino communis domus.*

1 Ex his, quæ superiùs à nobis sunt dicta satis apparet præsenti quæstioni utrum Correo qui totum solvit actio communi dividundo competat, locum esse non posse; siquidem cum & mandati actionem, & negotiorum gestorum ei præstiterimus, neque hanc prætendere, neque expectare eum oportet.

2 Sed ut magis, ac magis *Fabrian.* coniecturarum levitas demōstretur, disquirere placet, an etiam admissis earum commentis datoque quod actiones mandari, & negotiorum non competerēt; admittendū quoq; erit, quod nec communi dividundo actio danda sit? an verò contra quam *Fab.* existimat hæc concedenda?

3 Et sanè denegari illam Correo nō posse mihi videtur, quippè omissis, quæ impius *Molineus* excogitaverat, & si verum sit illud quod *Faber* con-

contendit, scilicet, quod Correus cum solvit de seipso potiùs liberando quàm de socio obligando cogitat, cũ nihilominus negari nõ possit quod ex solutione facta cõsecutus correus est obligationis liberationem, sequitur ut pecuniã solutam in communem utilitatẽ expensam fuisse dicendum sit; at cum ita sit correus qui solvit omnino similis illi est, qui in rem communem aliquid impendit, nam utile cõmune gerit; igitur pariter ac ille communi dividundo actionem habebit, & proinde hac agere poterit. Quod verò sub *num.6.* replicat *Faber*, nempè quòd socius quidem habeat animum, dum in rem communem impendit obligandi socium, at non correus, qui proprio nomine, & ex propria persona obligatus est, & perindè debet, ac si socium non haberet; quicquam non movet, tum quia ut in superioribus probavimus falsum est assumptum, quod socius insolidum obligatus totum debeat, & quod perindè obligetur, ac si correum non habuisset; nàm quinimmò partem dumtaxat debet ut diximus, & partem dumtaxat, quæ ad eum pervenit, & ad alteram nonnisi in subsidium tenetur, & ut fidejussor; Tum etiam quia quamquam si hoc ipsum *Fabro* demus, & Reum de se ipso liberando, nõ de correo obligando cogitasse dicamus, adhùc sequetur quod communi dividũ-
4 do habebit actionem; nam & in socio, qui servi communis causa condemnatus solvit, atque ità, in eo, qui potiùs de se liberando dãnatus à Iudice solvit, & non de socio obligando cogitavit, competere ad illius beneficium communi dividundo judiciũ responsũ est in *l.& si non omnes 8.§.fin.* & admissum ab *Africano in l.sed postquam 9.* & à *Papiniano in l.si Stichus 25.D.de com.divid.* habetque id perspicuam rationem illam, quam *Papinianus* tetigit; *quia ego dum totum solvi te hoc ære alieno liberavi*, quæ ratio rectissimè in quæstione, de qua agimus adducetur; nam totum solvendo Reus correum ære alieno liberavit.

Hoc autem quod dicimus evidentiùs apparet in refectione Insulæ communis, aut ædium communium; nam finge has ruinam minantes socium fulcire, aut ędificare quãquã quis dicere possit refecisse, aut ædificasse illum potiùs, ut partem suam repararet, quam ut sociũ sibi obligaret, de quo forsan nõ cogitavit, attamen nonobstante hujusmodi præsũptione cõmuni dividũdo actionem, pro eo quod impendit, habebit; ut disertè scribitur plerisque Juris Nostri in locis. Imo habebit etiam si errans reficiendo crediderit partem alterius esse, quam ejus, cujus erat, quod sanè singulare est, & magis singularis ejus ratio quam assignat *Paulus in l.si quis 29. D. com. divid.* nempè *quod is, qui impendit, non negotia socij gerit, sed propriam rem tuetur*, nam hæc ratio in specie concludit quod in danda communi dividundò actione, non solũ nõ opus est, ut velit quì juvàt alterũ illum sibi obligare, ut vel ex eo, quod hoc non cogitat actionem acquirat adversus illum, ideò quia ejus negotia gerere non cogitavit; hinc quam longe à Juris Consultis abeat *Faber*, facilè quis videt, dum illi ex eò quod negotia alterius non gerit, sed propriam rem tueatur, dant communi dividũdo actionem socio, qui impendit, etiam adversùs eum sociũ, de quo obligando non cogitavit, imo quis foret ignoravit, nesciens eum habere in socium; & *Faber* ab opposito ex eo quod quis non negotia alterius gerit, sed proprium, credit firmiter denegandam ei esse actionem prædictam.

5 Quòd si mihi objicias, quod apud eundẽ *Paulum* sequitur, *Ei qui in rem communem impendit, putans in rem propriam impendere, non esse dandam actionem*, promptam habeo Responsionem; nempe hoc ipsum dici in casu de quo nos agimus non posse, quo enim colore dicetur quod correus, qui totum solvit sciens partem dumtaxat recepisse, & sciens correum habere, illũq; ad aliam partem ex solvẽdum obstrictum esse, quod hic inquam correus, credat se in rem propriam impendere, & suum, debitum solvere, & seipsum dumtaxàt liberare. Certè hic talis Corebo, aut quovis alio rerum suarũ prorsus immemore stultior foret iudicandus.

Denique nec improbabiliter poterit, qui volet in hac materia de qua agimus uti *Celsi* Responso *in l.si me, & Titium 32.D.de rebus creditis*, & ex eo defendere quod possit Correus, qui totum solvit, conditione proposita, non quidèm adversùs Creditorem, qui suum recepit; sed adversus correum qui locupletior factus est consequi quod pro illo solvit. Et sanè cum hic liberationem fuerit consecutus, & quanquam non principaliter, sed per consequentiam (ut hoc interim *Fabro* demus) consequutus, tamen & locupletatus cum jactura eius, qui solvit, iustum omoinò est, ut ei succurratur; neq; quod vice versa potuisset, & ipse cum eadem jactura correi locupletari, iniquitatem tollit, sed auget, probatque potius, quod vice versa ipse socio teneri oporteret si ipse utilitatem habuisset, socius jacturam foret passus, alioquin imputandum esset alterutri quod non latitaverit, quod vel etiam iniustè solutionem non detractaverit, quod bonam fidem sequutus soluere potiùs, quam expectare, ut correus priùs solveret, maluerit.

6 Sed in hac specie de qua tractamus de actione communi dividundo *Practici* nostri in foro facillimè eã concederent, nam pas-

sim

sim affirmant ita probari ex tex. *in l. 3. C. de negotijs gestis*, & adducunt exemplum socij, qui in re communè impendit *ex l. ut in 33. D. pro socio l. si adibus 32. D. de dam. infe.* quanquã non desint inter eos qui ot acutiores videantur ità loquuntur, ut ferè in *Fabrianam* sententiã coincidant, dum cum *Natta in cons. 190. tom. 1.* volunt, quod si quis expendat principalitèr ad utilitatem suam, licet ex hoc redundaverit alterius beneficium nõ habeat adversùs illum actionẽ petendi expensas factas: & hinc deducunt socium, qui solvit, ut se liberet non habere actionem communi dividundo adversùs socium; Neq; vident quod etiã pro nunc admissa *Natta* assertione, nihilominus quia negari non potest quin socius, qui solvit debitum commune non ad propriã utilitatem dũtaxat pecuniam expendat, Sed in communem utilitatem, .f. nõ solum in suã sed in correi; presertim cũ sciat sociũ obligatum, & videat illum ob solutionem à se factam, liberatum iri, oportet, ut quoquo modo ei succurramus.

7 Et quanquam sint etiam qui dum *Romano* credendũ existimant asserenti in *singulare 639.* quod socius, qui in lite mota super re cõmmuni tantùm impendit quantum fuisset erogaturus in defendendo solummodò partem suam, is à consocio non poterit partem repetere, & dicunt à pari hoc ipsum dicendũ esse si socius solverit. Attamen hi non anim-
8 advertunt quod cum socius in specie, de qua agimus non tantum solvit, quantum pro parte ad se perventa foret soluturus, sed solvit solidum, & integrum creditum, atq; ita etiam partem quã aliàs solvere non debuisset ideò non potest comparati cum eo, qui in litẽ expendit quantũ foret expensurus pro se solum.
9 Cæterùm si casus daretur in quo, is qui in rem communẽ expendit ità expenderit, ut in partem suam proprius, & veriùs quam in re communi expensum sit, ut evenit apud *Magonium dec. Florentina 136.* in eo, qui parietem communem à latere suo refecerat, certè hic non poterit expensam à vicino repetere ut Nostri cum *Magonio* affirmant.
10 At si unus ex Dominis domos communis pro periculo removendo insolidum conveniatur, nam conveniri posse ad solidum *Joannes Gallus* notat *quest. 174.* & ex eo *Tepata lib. 2. tit. communi dividundo*, Certè quod expendit in removendo periculo, à socijs eum recupetare posse indubitati juris est.





CAPVT IX.

An Correo, qui totum solvit ex intervallo cedi actio possit, & an debeat.

SVMMARIVM.

1 *Faber disputat adversus Molineum.*
2 *Sed quanquam recte, & ipse labitur primo quod non exprimit se de Correo quicoacte solvit, loqui.*
3 *Explicatur Modestini locus.*
4 *De quo tractetur in l. cum alter 10. C. de fidejussoribus.*
5 *Restituitur recepta lectio in l. cum his D. eodem tit. de fidejuss.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Hi Regulam quam admiserant postea ferè destruunt.*
8 *An extraneo solventi facienda sit cessio.*
9 *Nostri faciendam volunt si is ea recipere velit cum clausula iura talia qualia, & dummodo non officiat, &c.*

1 Disputat adversùs impium *Molineum* in præsenti *Faber*, contenditque correo, qui totum solvit, non impetrata a Creditore cessione nequaquàm postea eandem obtinere posse, aut debere; sed & si laudabiliter egerit quod & adversus hominem parum pium, nedũ parùm subtilẽ disputaverit illiusq; errore, vel in legali scientia quã profitebatur ostenderit, non tamèn undique, & secundum juris principia propositam discussit quæstionem, & plura ipse quoque admisit à nobis pro nostro instituto investiganda; & refel-
2 lenda. Et primo quæstionem habere locum in eo dumtaxat ex correis, qui coactè solverat, exprimere debuisset; nam si spontè is se Creditori obtulit, & solvit; iam exploratum certumque erat non solùm quod non cogere potuisset Creditorem ad cedendũ poterat, sed etiam quod si cessionem impetrasset, ea uti non potuisset ut disertis verbis *Modestinus* respondet *in l. Modestinus 73. D. de solut.* Neq; movet quod in citata lege Juris Consultus tractet de solutione ab extraneo facta pro tutore, non de facta à tutore pro contutore suo, nam ratio qua movetur Juris Consultus generalior est, nempe illa *cum nulla actio superfuerit*, & militasset quoq; & si tutor pro contutore solvisset, quod *Faber* ipse concedit *num. 5.* in eo tamen lapsus, quod
3 negat *Modestinum* de extraneo, & affirmat de

de contutore agere, quando ità ille loquitur, ut non non obscurè pro nobis faciat, & quàdo in toto cõtextu verbum nullum est de contutore ex quo de eo tractatus possit elici, vel conjectari; Cæterùm quamquam contutor is fuisset de quo *Modestinus* agit, adhùc idẽ dixisset ex aperto *Dioclet. & Maximil.* rescripto, quod extat in *l.1.C.de contr.jud. tutela* ea nimirùm de causa, quia nulla actio adversùs liberatum competat, proinde restringere ad contutorem *Modestinum* opus *Fabro* non fuit, sicuti neq; opus quod *Diocl. & Maximil.* dixère (*nullum judicium tibi contra pupillum competit, ut delegetur tibi adversus liberatum actio* ita explicare, ac si in his verbis *Imperatores* voluissent generaliter cõplecti tam tutelæ actionem, quam illam quæ competit ex iudicato; quandoquidem cum certum sit Rescriptum latum circa actionem ex indicato, ut ostendunt sequentia *hæredes judicati poteris convenire* illud non patitur tà generalem explicationem, & propositio ista, *ut delegetur tibi adversus liberatum actio* de actione illa, de qua sermo fuerat accipiẽda erat, non de quavis actione in genere; tanto magis quod antecedentia *nullum iudicium tibi competit*, quæ revera generalia sunt, & omnes actiones cõplecti possent, etiã de actione, quæ adversùs Creditorem intentatur, non de actione cedenda, fuisse pro lata constat.

4 Secundò suavis est *Faber*, dum sub *nu.* 11. scribit tùm Imperatores in *l. cum alter* 11. *C. de fideiussoribus*, tum Juris Consultum in *l. ut fidejussor* 39. *D. eod. tit.* tractare non solum de quæstione illa utrum fidejussor citrà cessionem possit adversùs confidejussorem agere, sed de illa etiam, an ex intervallo, & post solutionem iurium cessio fieri possit, suavis quidem; nàm & si singula verba & Rescripti, & Responsi excurias, nil prorsus de hac secunda quæstione, scilicet de cessione ex intervallo facienda invenies, nam quæ *Faber* ipse ponderat in *d.l. cum alter* 10. *potuisti sanè cum fisco solveres desiderare, ut jus pignoris quod fiscus habuit, in te transferretur, & si hoc ita factum est cessis actionibus uti poteris*, non concludunt; quod cessio à principio non facta non possit postea ex intervallo fieri, sed innuunt dumtaxàt quod possit is, qui solvit, cũ solvit cessionẽ à principio desiderate, & impetrare; Cæterùm, si non desideravit, nec Impetravit, absque ea postea agere, non poterit: ex quibus omnibus docemur in proposita specie denegari quidem actiones solventi, sed non quia fiscus cedere eas non potuisset, aut is, qui solverat, earumdem cessionem non valuisset impetrare; sed quia non impetravit.

Portò in *Modestini* Responso quod extat in *d.l.* 39. tantùm abest, quin *Fabri* assumprũ de tẽpore cessionis probetur, ut potiùs cõtrarium ex ipso deduci possit; nàm cum dixisset *Modestinus* (in tempore præterito,) *alter electus a Creditore totum exsolvit*, quando deindè adijcit (in tempore præsenti) *nec ei cessæ sunt actiones* videtur innuere, & si paulò obscuriùs, quod cessionem poterat impetrare fidejussor ille etiam post factam solutionem.

5 Denique non assentiendum *Fabro* erit; dum verba posttema *l. cum is* 36. *D. de fidejuss.* invertit, legitque *num.* 14. *Et ideò quia habet actiones tenetur ad hoc ipsum, ut præstet actiones* dum scriptum est, *& ideò habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones*; siquidem non solum fides omnium Codicum emendationem excludit, sed ipsa ratio: Etenim non dubitabatur ibi, utrum Creditor ad cedendas actiones teneretur; nam hoc certum erat, & iam expressum in illis verbis: *Cum is, qui reum, & fidejussores habens ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia præstat actiones*, sed illud in controversiam venerat, utrũ cessio utilis fuisset futura, an scilicet superessent actiones, quæ cederentur, & proinde super hoc tandem Juris Consultus debebat concludere, quod sanè fecit; nàm adesse actiones, vel ex eo probat, quod ad cedendũ Creditor teneatur; nec sanè teneretur, si quas cederet non haberet actiones.

6 Ad hęc autem quæ diximus, addendũ erit, quod non solum apud *Fabrum*, aut Reperentes auctores, sed apud ferè omnes agitata est quæstio hæc de cessione facta, aut facienda ei, qui totum solvit, & an ex intervallo validè fieri possit, unde quàvis generalitèr *Pragmatici* nostri post *Interpretes* Respondere soleant, & pro Regula esse velint quod ex intervallo fieri cessio non possit, nisi pactum præcesserit de ea quandocunque facienda; quoniam dicunt ipsi sublata semel per solutionẽ obligatione nil remanet amplius quod cedatur, & in hoc concordes differere videntur tam qui in scholis quã qui in Foro versantur, ut dignosci poterit ex *Gaspare Schifordegero*, qui post *Fabrum* hic plura cumulat *lib.2.tr.8. a quæst.1. Vvesembecio in paratitlis ad tit. de fidejussoribus*. Et similibus, & ex *Menochio lib.3.præsumps.143.n.4. de Franchis decis.55. num.11. Theod. alleg.68. n.8. Nuguerolo alleg.11. num.48. Hodierna ad Surdum decis.308. Acosta de privil. cred. regula 3. ampl.2. num.62.* & ex his, & alijs adductis luculenter ab *Olea de cessione jurium tit.5. q.4. num.2.* Attamèn
7 primò in fidejussoribus deindè, in correis visum quibusdam est Regulam suprapositam limitandam, sivè potiùs evertendam esse: nàm inspiciendum volunt, an is, qui solvit correi sui, vel principalis nomine solverit, an suo potius, & ut seipsum à vexatione eximat? & quidèm si principalis, aut Correi nomine solvit

vit Regulæ standum esse dicunt, neque juvare ex intervallo cessionem factam ex doctrina *Glossæ*, *Dam*, *Bartoli*, *Castrensis*, & sequacium in comment. ad *d.l. Modest. D.de solut.* sed si suo nomine solverit iuvabit tunc cessio ut contendunt etiam post intervallum facta, cum *Paulo Castrensi* ad eandem *l.* & cum *Soccino*, *Gabrielio*, & aliis quos sequuntur, & laudant *Cencius de censibus quæst.* 71. *nu.*16. qui plerasque *Rota Romana decisiones* adducit, & *Noguerolus in alleg.*11. *num.*40. & *Capicius Latro decis.*35.*num.*5. & idem *Olea d.tit.*5.*quæst.*4.*num.*12.& *num.*13. quibus in locis plures allegat ex quibus omnibus à proposita Regula discedendum esse in hoc casu convincitur.

Nec tamen contenti, eorum nonnulli ultrò progrediuntur, & simpliciter, non distincto quo nomine solvit, semper Correo solventi, & si ex intervallo factam, profuturam cessionem volunt cum *Amato resolut.* 37. habent tamen contradictores inter quos *Consiliarius Hodierna ad Surdum dictu decis.* 308. *num.* 6 *Duardus* post tractatum de censibus *decis.*184.*num.*5. & qui ab *Amato* cavendum monet *Olea loco citato num.* 5.

8 Porrò cum *Faber* hic quædam adnotaverit de extraneo solvente, quem non posse adigere creditorem ad cedendum credit, in vers. *solvere quidem*, poterit rursus adnotari quod & si quandoque disputatum, utrum solvens extraneus pro altero possit a creditore illius, cui solvit cessionem petere (posse enim quem solvere pro quocumque debitore certum est ex *l.solvendo D.de negotijs gestis l.solutionem D.de solut.* & ex his, quæ suprà ex *Pragmaticis* retulimus, & actionem negotii utiliter gesti acquirere non dubitatur,) Et quidam volunt quicquid velit *Faber*, solventem extraneum quod alius debet posse creditorem ad cessionem adigere sequuti *Cartarium decis.Genuensi* 61. *num.*11. Et quandam æquitatem considerantes in hoc versari cum *Gratiano discept.cap.*80. *num.*10. *Giurba decis.*87.*num* 10. *Noguerolo allegat.* 11. sed alii è contrà negant posse compellere extraneum spontè solventem creditorem ad hoc ut sibi actiones adversus debitorem cedat, & allegant *tex.in l.nullam C. de solut.cum Amendola ad Francum decis.*427. *num.*7. *Amato resolut.*7.*num.*13. *Carlevul. de Iudicijs disput.* 35. *a num.* 25. *Mesa* 1.*variarum cap.*22.*num.*19. aliisque ab his adductis, quibus assentitur *Olea de ess.iurium tit.*5.*quæst.*1.*num.*4. atque ità aliqui ex Pragmaticis cum *Fabro* conveniunt.

9 Cæterùm *Regnicolæ* nostri passim illo temperamento utuntur, ut oblata debitori potestate faciendi cessionem cū clausula ut cedenti non officiat, ac nullo modo in futurum nociva sit, possit ille etiam ab extraneo cogi ad ità cedendum, quod passim obtinet.



CAPUT X.

De eadem quæstione.

SUMMARIUM.

1 *De altero distinctionis capite.*
2 *Responsio Fabri adversus Molineum pro Molineo potius facit.*
3 *Vterque fallitur.*
4 *Firmatur distinctio, & quædam jura explicantur.*
5 *Explicantur §.1.l.alterius 20. D. de tut. & rationibus distr.*
6 *Nil mutandum in l.si minori 25.eod.tit.*
7 *l.si res obligata 51. D.de leg.1. non pertinet ad præsentem tractatum.*
8 *At pertinet l.dominus stiebo 23.D.de peculio.*
9 *Quid dicendum de l.5.D.de censibus.*
10 *De l.eum pupillus 31.D.de tutoribus.*
11 *Adducitur l.in fraudem 45. §.qui pro alio D. de jure fisci.*
12 *Nostri distinguunt inter Correum, & fidejussorem.*
13 *Olea in hac materia distinctio.*
14 *Sed purum tuta.*
15 *Si a principio impetrata sit cessio, vel spontè, vel ab invito solvente ei semper proficiet.*

1 Distinguendum dicebamus in superiori capite tùm adversùs *Molineum*, tùm etiam adversùs *Fabrum* in proposita quæstione de cessione facienda Correo, qui totum solvit; utrum is, qui solvit spontè id egerit, an conventus, & coactus. Ostendimus etiam, quòd si spontè id egerit, frustrà post solutionem cessionem desiderat, restat nunc ut rursus aliqua de altero distinctionis capite, nempè de eo, qui invitus solvit magis dilucidè exponamus occasione sumpta ab his, quæ *Faber* hic congerit, ut ad argumenta impij hominis *Molinei* respondeat. Nam id
2 frigidè agit, & parùm ad rem; Etenim dum replicat quod in omnibus illis juris locis, in quibus cessio admissa est, etiam post solutionem, actum sit de cedendis actionibus illis quæ per solutionem sequutam non erant extinctæ, videtur potius firmare quam destruere *Molinei* sententiam. Nam ita concedit superesse etiam post solutionem actiones quod cū admittitur sequitur esse cedendas, eo quod adest quod cedi possit, unde integra ipsius *Fabri* disputatio in eo est, ut dūtaxat exceptio-

nem adijciat, quæ confirmet potiùs, quàm destruat Regulam, scil. illam (nisi actio extincta fuerit) quod certè vel ipso *Fabro* Authore non semper contingit. Quod si dixeris quinimò pro *Fabro* Regulam stare, hancque esse, ne ex intervallo cessio facta admittatur; cæterùm *Molineum* velle, & incivilitèr ex eo quod alitèr scriptum est ex ratione speciali in quibusdam iuris nostri locis esse
3 Regulam destruendam: Ego ex huiusmodi ratiocinatione deducam utrumque authorem *Molineum*, nempè & *Fabrum*, dum generalitèr, & indistinctè loquuntur à vero aberrare, & falli apertissimè, nam uterque ex his, quæ propriam, & specialem rationem habent Regulam generalem conflare conantur, & oppositam destruere.
4 Standum ergò suprapositæ distinctioni erit, & dicendum in *l. Stichum, aut Pamphilum 95. §. si mandato D. de solut.* ideò scriptum *quanquam pecunia soluta sit non liberari debitorem. Sed & præstare debet creditor actionem mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat*; quia ibidem de mandatore convento, & damnato species proponebatur, nempè de eo, qui invito, & coacto solverat, quod ipsum, & in *Vlpiani* Respõso in *d. l. Papin. 28. D. mandati* dicendum est quoniam in ea *Papiniani* sententia in epitomen refertur.
5 Sed illud quod scriptum extat ab eodem *Papiniano* in *l. alterius 20. §. 1. D. de tutelis, & rationibus distra.* relatumque est etiam ab *Vlpiano in l. si minori 15. D. de admin. & per. tutorum* paulò accuratiùs quàm *Faber* facit inspiciendum erit: Et primò advertendum, tractari ibidèm de beneficio restitutionis cedendo à minore, quod specialem tractatum exposcit; competit enim illud quousque læsus minor est: & proindè, postquàm solutum creditum est, quia minoris interesse nullum est competere non potest; hinc nil mirum si postquàm curator solvit quia nihil tunc minori deest; restitutionem nõ habeat, siquidem magis de præda, quàm de damno minor esse videtur sollicitus, ut J. Cons. observat; hinc debuisse curatores in ea specie antequàm solverent cessionem petere, & doli exceptione proposita ad id creditorem urgere, Respõsum est; cæterùm si id non egerint, cum condemnantur provocare eos oportebit, atq; ità per doli exceptionem consequi, ut eis mandentur actiones, quod *Vlpianus* subijcit in
6 *l. si minori 75.* in qua nil mutandum volo, quicquid *Faber* comminiscatur sub *num. 7.* advertendum rursus, quod provocatio eis cõceditur, si adhùc iudicatum non fecerint, quoniam si iam fecerunt iudicatum Curatores, hoc ipsum proderit tutoribus, ut idem ait *Vlp.*; quia nihil à minore abest, qui de præda magis, quam de dãno sollicitus est. Quod si quæras, quomodò proderit tutoribus Respondeo ea de causa quia beneficio restitutionis locus non fiet; dùm non locus læsioni, & proindè securi tutores erunt; hoc tamen si de restitutione loquamur, nam si de pristina actione sermo sit non ità dicemus; audi *Vlpianum* (*nisi fortè mandare actiones paratus sit Curatoribus*) supersunt ergò in huiusmodi specie actiones, & supersunt etiam post solutionem, etiam post extinctum beneficium restitutionis? Et cur non dicemus superfuisse actiones: si *Vlpianus* potuisse mandari, potuisse cedi apertis verbis pronunciat, dum excipit, *nisi pupillus paratus esset mandare*, loquiturque in ea specie, in qua iàm iudicatum factum proponebatur; Sanè Regulam ab eodem *Vlp. in l. 36. de fidejuss.* propositam admittemus, dicemusque ex eo constare quod habebat actiones in præsenti minor; quia tenetur ad hoc ipsum, ut eas præstet, eò quia potest eas præstare. Hæc autem cum ità sint omninò in specie hujus *l. 20. D. de tutelis, & l. 11. D. de admin. tut.* distinguendũ erit beneficium restitutionis à pristinis actionibus, & illud non superesse post solutionem, dicendum has autem superesse, & cedi posse. Rationem vero cur supersint non aliam esse, nisi quam à principio proposuimus, nempè quia ponitur quod ab invito, & coacto solutio fuit extorta, scilicet ab eo qui iàm condemnatus iudicatum fecit. sed de his satis cætera, quæ *Molineus*, & *Faber* congerunt percurramus.
7 Et primò, quamquã in *l. si res obligata 51. D. de legatis primo* quod J. Consultus respondet parùm ad præsentem quæstionem pertineat lectio tamèn recepta in textu citato retinenda erit quicquid *Faber*, & antè cum *Hugo Donellus 8. comment. cap. 19.* moverint, quod & probat *Osualdus in notatis ibidem lit. Q.* Se-
8 cundò quod est scriptum in *l. dominus Sticho 23. D. de peculio legato*; etiam *post solutionem præstandas liberto actiones* hoc ipsum, & si aliter alij pertinere ad nostram sententiam censeo; nam libertus in proposita specie non sponte, sed coactus solvit, & ut rationes redderet, sine quarũ redditione non potuisset libertatem consequi; à nostro autẽ hoc sensu ne *Faber* quidem admodùm abnuit; sub *n. 12.* fassus in proposito solutionem fuisse factam animo reddendarum rationum potius, quam debitorum liberandorũ gratia: & hoc non solùm concludit esse præstandas actiones, & superesse eas post solutionem, sed confirmat quod dicimus, solventibus invitis, aut coactis omninò præstandas esse actiones, quippè, & hi omnes potiùs de seipsis, quàm de debitoribus liberandis cogitant.
9 Tertiò quod *Papinianus* scribit in *l. 5. de censibus*, aut ad rem non facit, & eo in loco tra-

tractatur de solutione post cessionem facta, ut *Faber* contendit, aut si facit ad rem, debet pro nostra sententia allegari, nam & si cessio post solutionem fuerat impetrata, ut credidit *Molineus* propter verba illa *non inutiliter actiones præstantur, tametsi fiscus pecuniam suam recuperaverit*, attamė eo quia fideiussor iosdem expediendi negotij gratia conventus est, & ad solutionė tributorū ad actus, in casu sumus de eo qui coactus solvit, & de quo sup.

10 Quarto quæ Juribus suprà adductis adiungitur *Leum pupillus 21. D. de tut. & rat. distrahendis*, adhùc de similitėr coacto debitore solvente est, nam in ea de cōdemnato tutore agitur, & hinc superesse post solutionė actiones concluditur. Quod verò *Faber* mutat *nu. 14.* in illis verbis *pro parte condemnati tutoris* recipiendum non erit, etenim verba illa non tutorem pro parte condemnatum significăt, ut malė ipse credidit, sed personam tutoris denotant, & sic accipienda erunt, ac si scriptum esset; *quia quo attinet ad condemnatum tutorem*.

11 Denique nostram sententiam probat apertissimė *Paulus in l. in fraudem 45. §. qui pro alio D. de iure fisci*, qui ait, *qui pro alio a Fisco conventus debitum exsolvit, non inepte postulat persecutionem bonorum ejus, pro quo solvit, in quo etiam adjuvari per officium solet*, suavis verė est *Faber* dum *n. 15.* verba illa *exsolvit, & inf. solvit* præsentis tēporis, non præteriti esse vult; nàm quinimmò præteriti esse non præsentis, vel ex eo convincitur quod nil *Faber* incontrarium afferre habuit; facit quoq; & ratio quia alioquin si præsētis temporis verba illa *forent* vix rationē dubitandi *Paulus* habuisset, facit contextus ipse, modusque loquendi ė modestia illius clausulæ *non iniquė postulat*; nàm si antė solutionem cessio fuisset postulata, non solum non iniquė; sed justissimė postulata fuisset.

12 Nostri cùm frequentiùs admittant, ut suprà diximus, non proficere ex intervallo factam cessionem Correo, qui simplicitėr solvit ab hoc separandum fidejussorem volunt aliudque in fideiussore sulvente quam in Correo dicendum existimant; credunt enim quod fideiussor, & si debitoris nomine solverit, & pro illo, quia etiam post solutionem obligatio principalis remanet, cū solū fidejussoria fuerit solutione extinta; rectė etiam ex intervallo cessionem impetrabit *Heringius de fidejuss. cap. 28. num. 34. Gratianus discept. 286. num. 4. Capicius Latro decis. 32. num. 6. Novar. ad Francum decis. 55. Concius de consibus quæst. 71. num. 19. Hodierna ad Surdum decis. 308. num. 13. Borrellus*, & plerique alij eum quibus *Olea dicto tit. 5. quæst. 1. num. 20.* id quod ex *Neotericis Donellus comment. 15. cap. 48. & Hunnius in Encyclopedia Iurispr. 3. tit. 5. cap. 4.* etiam docuere, nec aliter sentière *Merlinus de pignoribus lib. 4. quæst. 70. Carlevalius de Iudicijs disp. 35. num. 5.* & sequaces.

13 Non desunt tamen qui huiusmodi considerationem, quod fideiussor pro principali solvat, aot contrà *Pragmaticos* expendunt, & ex ea deducunt principalem quoque obligationem, pro qua fideiussor solvit, extingui; adeòque nil remanere quod cedi possit; aut parvi pendunt, & excludunt, contendentes fideiussorem qui simplicitėr solvit, frustrà deindė, & ex intervallo cessionē desiderare, namėta veteribus *Repetentibus* placuisse constat ex *Glossa in l. Papinianus D. mandati Azone in summa Codicis tit. de fidejuss. num. 13.* & quoque *Neotericos* tum *Fabro* hic; tum *Schifordegero* loco supra citato, & *Piccardo in princ. inst. tit. quibus modis tollitur obligatio num. 61.* quinimò & plerisque *Pragmaticis* signantėr *Feliciano tomo primo lib. 3. cap. 3. num. 7. Loßarte de Gabel-
14 lis cap. 9. à num. 19.* unde Noster *Olea* ubi suprà *num. 16.* quam nos adversùs *Fabrum* proponimus distinctionem inter eom, qui spontė, & ultrò & cum, qui coactė solvit, in fideiossore quoque adhibendam censuit: ordine tamėn inverso; nàm ei, qui spontė solvit ex fideiussoribus, & ultrò accesserit profuturam ait, quandocumque factam cessionem; quoniàm is nomen potiùs emere velle, quàm obligationem solvere ostendit: at ei, qui conventus à creditore, & coactus simplicitėr solvit; quoniàm extinguendi potiùs obligationem animum habere præsumitur, non profuturam cessionem ex intervallo concludit.

15 Verùm enimverò vix est, ut hoc modo applicata distinctio recipi possit, quod & vidit Vir doctissimus, & meritò de ea dubitavit sub *num. 18.* ea nimirùm ratione; quia is, qui solvit spontė, dum se ultrò solutioni obtulit videtur non adeò miseratione dignus, ut est is qui coactus solvit; siquidem ille dum ultrò ad solvendum ivit, debuit, & de cessione sibi facienda curare; nėc tàm immemorem, & stupidum esse, ut non recordaretur se
16 pro alio solvere; at qui coactus solvit urgente creditore spatium cogitandi de cessione non habuisse videtur. Cęterum si nequaquam de cessione ex intervallo facta; sed de facta à principio ei, qui totum solvit, & prudentėr eam impetravit quæreretur magis communitėr quod spontė, aut coactė solvisset parum curant Nostri qui iuvare hanc cessionem clamant ex *Franco decis. 427.* ad quem locum plura ad materiam, & rectė collegit observator *de Luca*, item ex *Lanario cons. 74. & Gasp. Thes. q. forens. 4. c. 39. n. 9.* quibus idem *Olea* assentitur *tit. 5 quæst. 1. num 18.*



CAPVT XI.

Ad §.nunc tractemus l.primæ D.de tut. & rat. dist.

SVMMARIVM.

1 *Faber videtur sibi adversari dum concedit Tutori adversus Contutores actionem.*
2 *Sed quod in tutoribus id ipsum in Correis dicendum erit.*
3 *Solvitur difficultas.*
4 *De utili actione accomodanda tutoribus, & quæ nam sit.*
5 *Occurritur Fabriano effugio.*
6 *Explicatur Vlpianus in proposito §. nunc tractemus l.1.*
7 *Tutor qui solus ex pluribus convenitur habet beneficium divisionis.*
8 *Quid si opponere omiserit?*
9 *Et si quidam Pragmatici reclament; communior tamen sententia tutori concedit actionem negotiorum gestorum.*
10 *Difficilis objectio.*
11 *Quæ facilè resolvitur.*

1 QUanquam verbosissima disputatione in præcedentibus capitibus contenderit *Faber* quod Correo, qui totum solvit ex intervallo, idest post solutionem nulla fieri possit cessio, utpotè extinctis iam actionibus, ea de causa quod is qui demum, & intempestivè eam efflagitat, tunc cum solvebat magis de proprio, quam de alieno negotio fuerat sollicitus; Attamèn in præsenti capite victus ab authoritate *Vlpiani* in *l. 1. §. nùnc tractemus D.de tut.& rat. distr.* quòd generalitèr, & indistinctè negarat, concedit, fassus ob Imperatorum Rescriptum Tutoribus, qui totum solverant, cum partem debuissent utilem actionem competere. At ne apertè ab his, quæ dixerat videretur recedere, & ut quoad posset admissum semèl errorem tueretur; nititur longa disputatione nobis suadere, diversam esse Correorum, à Tutorum ratione; quoniam illi ex necessitate, non ex voluntate fuerint obligati.

Verum enimverò ut Fabrianarum conjecturarum vanitatem detegamus; illud primò hic erit animadvertendum, quod in tutorum arbitrio est, in proposita specie an mandari actiones sibi velint, idq; petere, an vero actione utili experiri? nam utrumque eis concessum ex *Antonini* verbis in *l. 2. C. de contrario Iud.tut.* ibi, *actiones adversus contutores tuas mandari tibi à pupillo desiderabis, vel utili actione uteris*, his namque ponitur in arbitrium eius, qui ex causa iudicati quod non solus debebat solvit, an cessionem efflagitare, an potiùs utili actione agere malit.

2 Sed circa hæc deinde observandum erit quod (etsi *Faber* exclamat) adhùc si à tutoribus ad Correos transeas, idipsum dicendum, quoniam dum posse Correum, qui coactus solvit, cessionem impetrare etiam post solutionem, satis ex superioribus iuribus constet; poterit quoque & eidem Correo utilis illa actio concedi quæ ab Imperatoribus concessa tutoribus fuit, & prætextu æquitatis concessa, ut *Vlpianus* fatetur in *l. 2. §. jus Reipublica D.de admin. rerum ad Civit. pertinen.*
3 nam æquitas prædicta viget quoque in Correis; Nec obstat quod hi spontè obligentur, etenim an spontè quis an verò coactus obligatus fuerit nequaquam attendendum est; sed potiùs an alius cum ipsius jactura locupletetur, nec nè; & satis est, quod hic, qui solvit, coactè solverit portionem illam, quam non ipse, sed socius debebat: unde ex hoc poterit, nec malè concludi quod sicuti in arbitrio tutoris erit, an mandari sibi velit actiones, an potiùs utili actione agere, ita & in arbitrio Correi idipsum futurum erit; eo magis quod beneficium istud quod tutoribus cōcedunt non speciale quoddam remedium, & eorum tantum gratia comparatum, sed consuetum, & usitatum esse fatentur Imperatores in *l. 4. C.de in litem dando tutore*, ubi hoc idem beneficium à tutoribus producunt, & porrigūt ad eos, qui ad litem tantum dati tutores fuerint; unde vel ex hoc facilè quis viderit quantum ponderis habeat Fabriana ratio illa, quod tutelæ officium ob causam necessariam assumitur. Cæterùm quod *Iulianus* respondet in *l. fidejussoribus 17. de fidejuss.* omne scrupulum amovet. Nam qua actione fideiussores compellent stipulatorem, ut his, qui solverunt cæterorum nomina cedat, aut vendat: nisi hac utili, & ex æquitate ab Imperatoribus concessa, ut in sequenti capitè latiùs probabimus.

4 Illud itaque nùnc restat, ut disquiramus, an actiu hæc utilis, quam Imperatores accomodare dicimus, tutelæ potiùs in proposita specie, & prima illa actiu sit, qua cum socijs Correus conventus totum solvit, an potiùs negotiorum gestorum actio? & quidem *Faber* credit pristinam tutelæ actionem esse, sed aberrat toto, ut ajunt cœlo; etenim si hic Correus agere actione tutelæ voluisset non opus utilem ab Imperatoribus impetrare cum potuisset eam sibi cedi curare, atque ita habere; potiùs ergo dicendum eam esse utilem actionem negotiorum gestorum, id, quod apertis verbis pronunciavit *Iulianus* in *L. ex facto 10.*

D.de

5 *D.de negotijs gestis*, quorum verborum vim
non effugit *Faber* dum sub *num.*8. scribit verum id fuisse, & obtinuisse, sed *Hadriani* tēporibus, suo quo *Valerius Severus*, & *Iulianus* floruere. Verùm *Antoninum* deindè, ut non amplius negotiorum gestorum, sed ejusdem tutelæ utilis actio daretur constituisse non effugit sanè; nàm commentum suum hæc facilè dissolvent: Primò nam si a *Fabro* petamus, unde habeat, quod tàm securè pronunciat, scil. unde sciat quod *Antoninus* utilem actionem tutelæ concesserit, dum nec in §. *nunc tractemus*, neq; in *l.* 2. *C.de contr. jud. tut.* id exprimitur, certè quid respondeat non habet, nisi dicere velit quod eo quia dicta jura utilem actionem concedant hanc utilem tutelæ esse statim dicendum sit; atque ita quod in quæstione est, tanqam certum assumi posse; Deinde & si rursus petamus cur non dici possit, idipsum quod ab *Hadriano* constitutum ab *Antonino* quoque Rescriptum fuisse, & confirmatum, neque quid replicare possit habebit; quando *Antoninus* in *d.l.*2. *C.de contr. jud.tut.* sic loquitur, ut potiùs de jure constituto rescribere, quàm
6 novum constituere videatur. Nec quia *Vlpianus in d §. nunc tractemus*, dicat id ab *Antonino* constitutum, aliquid movet; tùm quia fortè verba illa transpulita sunt (& *Divo patre ejus*) in quibus etiam *Hadrianum* compræhēdebat, tum etiam quia solent sæpè J. Consulti Authorem illum alicujus rei dicere, qui eandem etsi inductam ab alijs novitèr tamen confirmaverit, & in viridi redegerit, ut alias observatum est. Denique & illud etiam à *Fabro* exposci poterit, unde habeat *Hadrianum* constituisse utilem actionem negotiorum gestorum competere? Cum id non expresserit *Julianus*; sed tantùm scripserit *adversùs contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam*. an quia *Julianus* ita respondit, ideò credendum ità constituisse *Hadrianum*? atqui *Julianus* etiam ad *Ant.* tempora pervenit, ut ex doctissimorum hominum authoritate alibi monuimus.

7 Porrò id quod *Faber* hic scripsit nempè quod tutor qui cum sit unus ex pluribus, quibus lex insolidum administrationem detulit convenitur ad solidum beneficium habeat divisionis, ita ut possit opponere, quod non solus administravit, & quod Contutor qui & pariter administravit, & qui solvendo est cōveniendus quoque est, hoc inquam non solū receptum; sed vulgatum est apud Nostros, qui & hoc beneficium divisionis unum esse ex quatuor illis beneficijs, quæ lex dum plures tutores insolidum obligat, eis præstat unde Veteres *Repetentes Bartolus*, *Curtius senior*, & similes, & *Neoterici* in eo dando consentiunt, præsertim *Donellus*, & *Osualdus comment.* 15. *cap.* 20. *Schifordegerus tract.* 3. *quæst.* 3. *lib.* 3. nec *Pragmatici* dissentiunt sequuti *Marium Mutam decis.* 32. *nu.* 8. *Cancerium variarum par.* 1. *cap.* 7. *n.* 35. *Cyriacum lib.* 2. *contr.* 280 *num.* 16. *Surdum cons.* 70. *num.* 10. aliosque ex quibus *Olea* sæpè citatus *tit.* 5. *quæst.* 7.

8 At si conventus tutor hujusmodi beneficium divisionis, aut beneficiū ordinis implorare omisisset, ob quod simplicitèr fuit ad solidum condemnatus; posse eum à pupillo opposita exceptione cedendarum impetrare cessionem adversùs contutores, ut ab illis pro portione repetat, exploratū est; ex *l. si pupillus D.de admin.tut.l.* 1. §. & *si forte l. alterius* 20. §. 1. *D.de tut. et rat. distr. l.* 1. *C.contr.tut. l.* 1. *C.de divid.tut.* ut tradunt ijdē *Guttierez*, *Muta*, *Surdus*, *Cancerius*, & *Faber* ex quibus *Olea num.* 9. & *Francus decis.* 662. *ubi Riccius & Luca*.

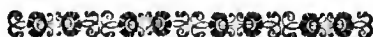
9 Insuper quoad utilem actionem negotiorum gestorum, de qua hic, sunt etiam ex his qui in foro versantur, qui eam denegent solventi solidum, quam sunt contenti utilem tutelæ dedisse, hi tamen non tàm *Fabro* assentiuntur, nam non ipse hoc primum docuit: sed *Paulo de Castro*, qui in *l. Modestinus nu.* 2. *D.de solut.* ex *Azone* adversus *Accursium* ità scriptum reliquit: communior tamèn sententia in contrarium est, & dandam quoque tutori negotiorum gestorum actionem volunt; neque ex eo quod & hanc habeat, ideò cessione non eget, nam ea opus erit, quoniam utilis negotiorum gestorum actio destituta hypotheca est, ut rectè post alios ratiocinatur *Noguerolus alleg.* 1. *num.* 2. & *Acosta de privil.cred. Regula* 3. *ampliat.* 1. *n.* 21. & *limit.* 6. *num.* 8.

Sed si proponas plures tutores (ut fieri solet) de rectè, & fidelitèr administrando penes acta curiæ obligatos esse, horū si unus solverit, & ideò cæteros ab obligatione exemerit, nō malè prætēdet eadem cautione penes acta stipulata uti adversùs contutores ut sibi reficiant pro earū portione quod exsolvit: quod sanè posse non parum utilitatis infert; habet enim obligatio penes acta contracta & privilegia plura, & singularia nonnulla, de quibus passim Doctores; sed propediem Tractatum absolutissimum habebimus *de obligationibus penes acta* confectum à Doctissimo Juris Consulto, & Amico Nostro eruditiss. atq; in Theorica, & praxi (quod per paucis datum) & in legibus Pontificijs, & Imperialibus consumatiss. *D. Joanne Bapt. Nepita* à quo & plura opuscula materiarum Ecclesiasticarum forensium directa ad *Praxim Curiæ Epis. Genuens.* & Add. ad *Cosma Nepita Gentilis* sui comm. *ad Cons. Catan.* & alia expectamus.

10 Quod si dixeris, aut tutor utilem actionem
desi-

desiderat, aut directam, & quidem si utilem actionem, jam utilem tutelæ habet: si verò directam velit, & ideò agere directò, & nomine pupilli expostulet ne utili ageri ex actione ei obstent plura illa, quæ utili actioni obstare solent, de quibus post *Repetentes Parladorus in sex qui cent. diff.* 37. *num.* 4. *Bargaglius de dolo lib.* 2. *cap.* 14. *& Schifordegerus tract.* 23. *q.* 19. *lib.* 3. à quibus *Olea* citatus *num.* 25. potetit directam actionem per cessionem obtinere; & proinde non debet de utili negotiorum gestorum actione tractari, eamque etiam dandam nos dicere, quando tutor, & tutelæ utilem habet, & directam consequi per cessionem potest.

11 Respondebo te non malè ratiocinari, at Juris Consultis alirèr visum esse, qui & cum hæc scirent, nihilominùs utilem negotiorum gestorum actionem dedère, ut in *l. ex facto* 30. §. *Valerius Severus D. de neg. gestis*, de qua suprà & adeò frequentèr dedère ut cum ea egerit tunc more solito experiri, dicat Imperator *Gallienus in l.* 4. *C. de in litem dando tutore*.



CAPVT XI.

Quod de utili actione tutoribus competente dictum est, idipsum in Correis dicendum.

SVMMARIVM.

1 *Retinetur recepta lectio in l. alterius* 20. *D. de tut. & rat. distr.*
2 *Item in l. quidam* 29. *D. ad Vellejanum.*
3 *Æquitas quæ militat in tutore militat in Correo.*
4 *Quid de actione ex stipulatu.*
5 *Ponderatio pro Correo qui non totum habuit licet fuerit insolidum obligatus.*
6 *Repetentes, et Pragmatici concedunt fidejussori actionem mandati, & negotiorum gestorum.*
7 *Faciūt illum melioris cōditionis quā tutores.*
8 *Sed quibusdam visum distinguere, an cum principali, an vero inter se fidejussi. agant.*
9 *Communior opinio semper actionem negotiorum gestorum concedit.*
10 *In Correis etiam à Nostris admissum est dandam esse actionem utilem negotiorū gestorū.*

1 SED cum illa verba tex. *Sed æquitatis ratione suadente per utilem actionem ei subvenire, in quantum alter sublevatus est.* Oporteat *Papiniani* in *l. alterius* 20. *D. de tut. & rat. distr.* non autem *Tribon.* esse ut essingit *Faber* qui aliū modum effugiendi nō habet, & probetur apertissimè ex his quę superiùs diximus, probetur, & ipso contextu, qui aliàs mancus esset, & mutilus illis dispunctis. Non obstant quæ *Faber num.* 2. & 3. movet de personarum diversitate, & diversis sententiæ capitibus; nam *Papinianus* nequaquam Curatori concedit utilem actionem eo quod minor qui hæres alterius Curatoris, beneficium restitutionis consequutus est; sed tantùmmodò ait beneficium propositum materiam litis instaurandæ non dare, eo quod Curator ille utilem habeat actionem: & habeat ex se, idest ex propria persona, sivè restitutus minor hæres fuerit sive non, unde fatetur Curatoris parùm interesse, quod minor restitutus fuerit, nec nè, dum jam utilem actionem habet præciso minoris beneficio, atq; ita utilem actionem eū habere *Papinianus* fatetur nō ipse de novo concedit, ut securè ex propositis verbis, & ex æquitatis ratione quam præseferunt possumus pronunciare. hoc autem in præsenti capite visum est innuere, nam probant idipsum quod in Contutoribus etiam in Correis dicendum esse.

2 Sed investigemus quid illud erat, quod fecit, ut *Faber* asseveraret hic *num.* 4. *Pauli* Responsum in *l. quidam* 29. *D. ad Vell.* à *Triboniano* quoque interpolatum fuisse, nam scribit postrema verba: *Sed non sine ratione Prætorem fallerum, si non tantùm in personam (subducta muliere) principalis debitoris dederit actionem; sed etiam in res, quæ mulieri obligatæ sunt*, Tribonianum redolere magis quàm *Paulum*, & sanè non aliud *Fabrum* movit, quantum assequi possumus, quam odiū in *Tribon.* & novandi pruritus qui solitus ipsum in his coniecturis movere, nam quod à Prætore hic instituenda, aut restituenda sit actio etiam ab alijs Juris Consultis varijs in locis apertè Responsum fuerat, en *Vlpianus* in *l. quamvis* 8. §. 14. en *Julianus in l. si mulier*

3 16. §. *si ab eo D. eod.* de reliquo eum fateatur *Paulus* in proposito ex æquitate Prætoriam actionem dari; Nemo queti potest quod stricta juris ratio aliquomodo labefactetur, & quod detur hypothecaria actio in eas res, quas non esse obligatas fassus est quidē Juris Consultus, sed fassus mero iure inspecto, ot patticula *sed &* in eo textu ostendit, neq; novum Iuris Consultis, aut inusitatum ita respondere, certè hic iustè, & ratione ita responsum est; nam ratio illa Prætorem movere magis, ac magis debuit, quod cum debitores revera bona illa pignorarunt mulieri eique, obstricta hypothecę vinculo voluctunt esse, cum tamē à muliere pecuniām non tcce perit, multo magis eredendum est idipsum fieri voluisse in beneficium eorum, quorum pecuniā revera accepère quod si id nollent

lent cum deberent, resistunt improbè, & de-
tractant. Quod si mulieris res proprias (cir-
cumscripto Senatus Consulto) hypothecaria
persequi potuissent Creditores, cur non idip-
sum ex æquitate facere posse dicemus in rebus
eius qui eidem mulieri obligati voluit, & in
eodem genere obligationis?

4 Rursus, circa quod *Faber* ponderat à *nu. 7.*
de actione ex stipulatu, qua non teneri tuto-
rem asseverat, neque fidejussores eius, & pro-
bari in *l. non quasi 4. §. sed enim D. rem pupilli*
salvă fore quicqnid sit de impij hominis *Mo-*
linei sententia, certè illud adversùs nostram
non stringit; siquidem Nos utilem actionem
Correo, qui totum solvit non ex stipulatu: sed
negotiorum gestorum concedimus citrà ces-
sionem, idq; non tam ex Juris Consultorum,
aut Prætorum æquitate; quam ex Imperato-
rũ Rescriptis, quibus ita juberi potuisse, nemo
inficiabitur; Et concedimus ex *Antonino Pio*
quem ita Rescripsisse *Vlpianus* testatur in ci-
tata *l. 1. §. nũc tractemus D. de tut. & rat. distr.*
circa actionem negotiorum; alias verò actio-
nes sicuti & actionem ex stipulatu nunquàm
habiturum fatemur citrà cessionem: posse ta-
mèn si invitus solverit ad cessionem Credi-
torem adigere contendimus ut suprà.

5 Ergo & illud hic observandum volumus,
quod si in tutorem qui non gessit adeò diffi-
cilè Iuris Consulti, & Jurisprudentia ipsa
actiones dirigit, ut vel utilem ex stipulatu
neget, contenta utilem tutelæ actionem de-
disse, idque non aliam ob causam, nisi quia
non gessit administrationem, quãdo æquitas
ipsa, & pupillorum favor aliud extorquere
videbantur, quãtò magis tenendum est, quod
Juris Consulti, & Jurisprudentia ipsa tota
favere voluerint Correo, pro ea scilicet parte,
quæ ad ipsum non pervenit; sed ad socium;
dum tam similis in hoc est tutori, qui non
administravit. Cæterùm quia præfatus tutor
honorarius ut ab *Vlpiano* vocatur, tenetur in
subsidium *l. si plures §. cæteri D. de admin. tut.*
l. pater 2. C. de hæredibus tut. ità à pari, & Cor-
reum in subsidium teneri dicendum erit. Nec
dices Correum, quia insolidum obligatus, ex
propria promissione solvere; nàm quinimmò
ex alterius receptione solvere eum constat;
alioquin concludendum, neque fidejussori
succurri debere; quia ex propria obligatione
quam voluntariè fideiubendo contraxit sol-
vit, & ex propria voluntate, qua voluit alte-
rius debiti periculum subire.

6 Sed ad *Repetentes* Vulgaresque *Interpretes*,
& ad *Pragmaticos* deveniamus, & quidem
si ab his quæramus, an actio negotiorum ge-
storum utilis, quam tutori dandam diximus,
sit quoque & fideiussoribus, & Correis
danda? Respõdent. Primò quoad fidejussores
attinet illis nõ solum utilem actionem nego-
tiorum gestorum, sed & directam quoque
si pro absente, & ignorante sicut & mandati,
si pro præsente, & mandante fidejusserint ul-
7 tro se concedere, adeòque melioris conditio-
nis in hoc Correos, & fideiussores facere,
quam tutores; nã ità in iure apertissimè cau-
tum asseverant, nempè in *l. indebitum 47.*
D. de cond. indeb. l. si remunerandi 6. §. passus
l. idem 90. §. fideiuss. & in similibus D. manda-
ti. Item in *l. si fidejussor 6. C. eodem in §. si quid*
autem inst. eodem testibus *Heringio de fidejus-*
soribus cap. 25. a num. 1. & 68. Fontanella de-
cis. 216. num. 1. Cencio quæst. 75. nu. 10. Viscon-
te in suis conclusionibus vers. fidejussori solventi,
& alijs.

8 Et quamvis quibusdam visum, ex his, quæ
Fontanella monet, prædicta locum habere, si
egerint adversùs principalem, quorũ mãdato
aut quorum principale negotium gesserint
fideiubendo. Cæterùm si adversùs confideius-
sores agant opus eis quoque esse, ut cessio-
nem impetraverint, ut ex *l. ut fidejussor D. de*
fidejussoribus l. cum alter C. eodem adnotant
Neoterici quoq; post *Donellum* cum *Herin-*
gio de fidejussoribus cap. 27. par. 3. à num. 9. &
quidam *Pragmatici* cum *Grivello decis. Dola-*
na 80. Cancerio 2. parte variarum cap. 5. n. 152.
Novario ad Francum decis. 55. vers. nota ta-
men, Visconte ubi supra, Hodierna ad Surdum
decis. 308. nu. 30. & similibus, ex quibus *Olea*
9 sæpè citatus *tit. 5. q. 4. nu. 23. & 37.* Attamèn
quicquid sit de horum scrupulositate, semper
apud omnes, admissa æquitate hujus nostræ
legis 1. §. nunc tractemus, Exploratum fuit,
quod actio negotiorum gestorum utilis, de
qua hic, adversùs confidejussores, quos libe-
raverunt fidejussores habeant ne ipsi integrũ
damnum sentiant illi lucrum cum aliena ia-
ctura, & ita viri doctissimi, & in foro, & in
Scholis defendunt, inter quos ipse *Herin-*
gius est cap. 35. a nu. 137. Mainardus decis. 49.
num. 1. lib. 2. Fontanella decis. 216. Costa de re-
medio subsidiario remed. 12. & remedio 33.
num. 16. & remedio 84. num. 5. & pleriq; alij
quorum sententia rectè fulcitur ex tex. in
l. alterius 20. D. de tut. & rat. & in *l. si me, &*
Titium D. de rebus creditis.

10 Secundò Nostri in Correis Respondent, &
ad illos quoque pertinere ex æquitate hujus
nostræ legis, utilem actionem, ut suprà osten-
dimus, & licet *Fabro* hic contendenti aliquid
speciale fuisse in tutore, quod non sit in Cor-
reo, quidam ex *Pragmaticis*, qui acutiores vi-
deri volunt, assentiantur cum *Grivello decis.*
Dolana 80. & Lassarte de Gabellis cap. 9. n. 31;
Attamèn in contrarium communior senten-
tia est, quæ tùm mandati, tùm negotio-
rum gestorum utilem dat actionem juxta à
nobis in Superioribus Capitibus adnotata;
ut videre est apud *Gomezium 2. variarum*
cap. 12.

cap.12.num.3. Trentacinquium lib.3. variarum tit.de solut.resolut.34.num.34.Tesaurum decis.191.Cencium q 110.num.3.Amatum resol.37.num.36. Galleratum de renunc.tomo 2. cent.1.renunciat.76. Hodiernam ad Surdum ubi supra, Salgadum in Labyrintho cred.2. par.cap.7.num.59.& Oleam ubi supra n.36.



CAPVT XIII.

Cogendum Creditorem petitam cessionem ante solutionem facere.

SVMMARIVM.

1 *Faber imponit Bartolo.*
2 *Vera Bart. sententia.*
3 *Jactantia Fabri.*
4 *Quid Pragmatici, & Gasparis Tesauri error.*
5 *Plerique eorum non solum Correo faciendam cessionem volunt, sed promittendam evictionem.*
6 *Sed alij hoc secundum negant.*

1 A *Triboniano* ad *Bartolum* devenit *Faber*, & adversùs hunc disputat in præsenti, fingit autem in *l. Modestinus 76. D.de solutionibus* scripsisse quod non possit cogi creditor, ut uni ex Correis solidum solventi cedat, & præstet in Correos actiones, quanquam si velit id possit, sed fingit prorsus, nam si *Bartoli* commentarium ad dictam *l.Modest.* totum excutias nunquam ita scripsisse invenies, unde aut non visum, aut non rectè intellectum à *Fabro* concludes. Et sanè omisso quod semper *Bartolus* ibidem ita loquatur, ut se non dubitare ostendat, quin cessio
2 sit facienda, sic in puncto sub *num.5. vers. s. casu* tractans hanc quæstionem, ait *primò quæro, an cessio sit facienda*, & postquam *Glossa* in *l.unde quæritur D. commodati* refutavit sententiam, concludit: *Vnde dicendum est, quod inter prædictos est facienda cessio, ut hic, & in l.fidejussoribus supra de fidejuss.* adijcit deindè quatuor limitationes, quæ firmant magis Regulam, ut dici solet; & quarta earum est, si sint plures Correi ex causa merè lucrativa *l.in lege falcidia hoc esse servandum D.ad l.falcidiam.* Non ergo *Bart.* faciendam esse cessionem Correo eam postulanti denegavit, & de mendacio argui *Faber* potest.

3 Sed illud quoque risu potiùs, quàm repræhensione dignum, quod illius sententiæ, quæ docet Correũ solventẽ posse exceptionis ope urgere creditorem ad cessionem, se novum Authorem facere voluerit *Faber*, dum scribit: (*Si priùs novam opinionem nostram probaverimus.*) Cum tamèn sententia illa antiqua, & vulgata jam fuerit apud *Accursium* pluribus in locis, præcipuè in *l. at si fidejussor 40. in vers. non est D. de fidejuss.* apud *Bartolum in hac eadem l.Modest. sub n.6. vers. nec vero*, ubi doctrinæ gratia plures etiam casus distinguit, & penes alios passim.

4 Sed hàctenus de *Fabro*, nam de explicatione *l. in lege 62. D. ad l. falcidiam* dicemus Restat nunc alibi quoniam ostendimus *Bartolum*, contra quem in præsenti *Faber* disputat non negasse Correo solventi jus petendæ cessionis adversùs Correum ut quædã ex aliorum dictis in hac materia an vera sint investigemus, & primò quod *Gaspar Tesaurus* asserit *lib.4. quæst.39.* esse in Scholis positum in controversiam, an creditor, cui unus ex Correis debendi in solidum obligatus totum debitum solvit, teneatur illi cedere ea jura, quæ habet: non ita esse videtur; siquidem opinionem negativam, nemo ex bonis tutatus est, nisi assentiamur *Fabro*, qui eam *Bartolo* imponit ut diximus; affirmativa verò communissima est, & in Scholis, & in Foro à nostris recepta cum *Baldo in l.1.num.3. Salieeto num.5. C.de duobus reis, Ronchegalio ad l.reos in princ.& num.54.de duobus reis, & Repetentibus cæteris ad l. Modest. D. de solut.* item recepta à *Pragmaticis*, inter quos sunt *Sese 4. tomo decis.386. num.10. Carlevalius de judicijs disput.35. nu.5.Cencius de censibus qu.75. num.9. Amatus resol.37.à num.41. Rodriquez de redditibus lib.2.quæst.76.num.17. & q.17. num.* 14. & sequaces, cum quibus & noster
5 *Olea tit.5.q.1. n.57.* Quinimmò & illud horum plerisque visum est, ut non solùm cessionem creditor facere debeat in proposita specie, sed & de evictione se obligare, & facere oportere suum creditum anterius, si is, qui solvit, id exigat, ut aliquando decisum fuisse refert *Gaspar Tesaurus in d.q.39. nu.11.*
6 *lib.4.* quanquàm in praxi non ità passim receptum, idem *Tesaurus* testetur, & *Franchis decis.427.* ubi Addentes, & præcipuè videndus *de Luca*; & si *Merlinus lib.4. de pign. qu.101. num.6.& Reg. de Marinis ad Revert. decis.* 430. sicut & *Revertera* ipse, & *Cavaleanus decis.3. de judicijs* sic loquantur ut imponere Creditori necessitatem videantur. Sed hi adversus titulum integrum Digestorum *creditorem evictionem pignoris non debere loqui* videntur, & adversus tex. *in l. cum ea conditione §.1.D.de evict.* ut olim *Vrsillus ad Afflictum decis.80.* prævidit.

CA-

CAPVT XIV.

De exceptione cedendarum actionum, & an cessio pro parte, an verò insolidum fieri debeat.

SVMMARIVM.

1 *Sententia Fabri.*
2 *Rejicitur.*
3 *Cessio facienda Correo solventi pro parte socij.*
4 *Si creditor non habet quid cedat ei obstabit exceptio cedendarum.*
5 *Correi non se habent ad instar considejussorum in proposita quæstione.*
6 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
7 *Correus qui dumtaxàt virilem debet si velit totum solvere ut cessionem extorqueat a creditore invito, id non potest.*
8 *Creditor cui solutum, non solum cessionem facere, sed & scripturas eum exibere oportet.*
9 *In dolo est creditor qui cum alterum ex Correis liberasset, integrum creditum ab uno velit exigere.*

1 NON contentus *Faber*, miseris Correis denegasse cessionem ex intervallo post solutionem, idque generalitèr, & indefinitè; nunc adhue adversus illos stat, & beneficium, quod habent petendi cessionem antequàm solvant, quodq; ab eis extorquere, invitis Juris Consultis non poterat, extenuare saltem conatur, & exiguum reddere; dũ scribit Correos cateoùs opposita exceptione doli posse cessionem prætendere, quatenùs habeat creditor cui solutum est quid cedat; Cæterùm si oon habeat, non obstaturam actionũ cedẽdarum exceptiooem, quod pluribus suadere conatur.

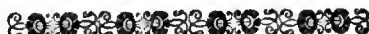
2 Frustrà tamen laborasse eum statim animadvertemus si reminiseamur eorum quæ à principio hujus disputationis diximus, nempè qood Correus pro ea parte, quæ ad socium perveoit loco fidejussoris est quãquã insoli-
3 dũ obligatus, nã hoc vel *Prag.* ajũt cũ *Cõs. Roccho Resp.* 46 Ex hac enim assertione desecdit. Primò quod Correo, qui solvit faciẽda cessio est nõ pro toto debito, sed pro parte dũtaxàt, qoàm solvere socius debebat, ut rectè *Accurs.* & post eum nõnulli ex Interpretib. scripsère ad *l.1. C. de duob. reis ad l. Modestinus 76. D. de solut.* & alibi; quidquid *Faber* hic arguteтur *num. 6.* & Ratio in promptu est; oàm Correus solvens, quod solvit pro ea parte quæ ad ipsũ pervenit tamquam debitor solvit, unde frustrà cessionem exquirit, qoæ ut diei solet debitori nòn fit, at quod pro parte Correi solvit, qoia solvit quod principalitèr ipse non debebat rectè sibi cessionem à creditore fieri expostulat, ut quod ad alium liberandum impendit possit reeuperare.

4 Defeendit secuodò, quod omninò Creditori obstatura est exceptio cedendarum, si is, quas cedat correo contrà socium actiones non habeat, & tamen conveniat eum etiam pro parte, quæ ad socium pervenit, etenim in hoc casu Correus eodem modo quo fideiussor, principali liberato, excipiet, & opponet de cessione sibi facienda; Neqoe rectè, ut credit *Faber*, ei respondebit creditor, se non teneri ad cedendum cum non habeat quod cedat, nam tunc replicabitur; quod si ità est non jure agit cùm actiones nõ habeat, quibus experiatur, & quod dolo facit dum actiones noo habeos adversus eum, qui principalis est, illis experiri vult adversus eum qui pro fideiussore est io ea parte quæ ad socium pervenit, oec iuvat eum quod absque dolo suo amiserit actiones; dum nunc, quia actiones qoas cedat non habens agit, in dolo esse videtur; Ideo adversus eum exceptiooem doli propositurum Conventum dicitur in *l. rem hæreditariam 65. D. de evict.* & *in l. si minores 75. D. de admin. tutorum.*

5 Nèc movet qood in *l. fidejussoris 27. D. de pactis* scriptum sit, ut *Faber* advertit *num. 4.* unius pactum alteri non prodesse ex fideiussoribus, quoniàm in proposito socius Correus non coofideiussor est, sed principalis in ea parte, quæ ad ipsum pervenit, unde cũ ipse pro parte quam aeeepit tutus sit, oportet ut Correus suus, qui fideiussor est in eadem parte, tutus exeeptione cedendarum fiet, eritque locus Regulæ, quod pactum, aut exceptio cõpetens reo prodest quoque fideiussori *l. si unus §. si cum reo*, & similibus *D. de pactis*, nam ut dictum est non agitur ut pactum initum eum fideiussore confideiussoribus prosit, Sed ut quod iuvat Reum principalem iuvet eum qui insimul obligatus loco fideiussoris remãsit, quia utilitas ad socium pervenit.

6 At quoniam constat apud Nostros quod si Correo qui totum solvere paratus sit, dummodò ei cessio fiat, si cessio denegetur is exeeptione removere creditorem poterit; Restat nunc ut prædictis addamus. Primò quod huiusmodi cessio à ereditore facienda Correo solventi, erit pro parte dumtaxat socij Correi, deducta ea quam solvens debebat, & ita voluère *Glossa*, & *Doctores in l. 1. C. de duobus reis*, & *Rodriquez ubi supra Amatus resolut. 37. num. 44. Avendanus Heringius*, & alii cum quibus, & *Olea* loco supra citato,

Altomarius ad Rovitum decis. 47. ad num. 7.
7 Cæterùm si non de Correis insolidum obligatis, sed de his quorum unusquisq; tenebatur ad virilem dumtaxat, Alter cum virilem deberet totum solvere intendat, ut creditoré urgeat ad cessionem totius actionis, tunc si creditor nolit cedere non posse ad cedendum urgeri, constat quoniam respectu portionum ab aliis debitarum, is qui solvere vult, prorsùs extraneus est, & extraneus spontè solvens creditorem ad cessionem cogere nequit, ut concludunt nostri post *Oleam*, aliosque citatos.
8 Addendum secundò, quod non verbo tenùs tantùm à creditore, qui pecuniam recepit facienda cessio est, sed exhibitis documentis sive scripturis ex quibus de credito, & actione constet, seu ut Nostri dicunt exhibito instrumento principalis debiti, ut *Heringius de fidejuss. cap. 27. par. 3. à num. 7.* monet; cui assentiuntur *Paschalis de viribus patriæ potestatis par. 1. cap. 8. n. 181. Scaccia de commercijs §. 21. Glossa 5. nu. 89. Pacificus de Salviano interdicto inspect. 3. cap. 2. num. 959. & Merlinus de pignor. lib. 4. q. 82.*
9 Et quamvis his, quæ à nobis dicta sunt Plerisque videantur obstare quæ habet *Faber* hic denegando Correo cedendarum beneficium, quotiès creditor, qui ab eo solidum petit, Correum iàm liberasset: attamèn parvi momenti esse ea, quæ opponuntur semperque in dolo esse censendum creditorem, qui innecem unius Correi alterum liberaverit, contendunt meliores *Pragmatici* cum *Noguerolo alleg. 11. num. 40. Feliciano de censibus tomo 2. lib. 3. cap. 2. num. 9. & Olea tit. 5. q. 2. à n. 37.* qui partitè ad *Fabri* oppositiones Respondent. An autem fideiussor qui integrum debitum solvit possit adversus confideiussores secum insolidum obligatos uti iuribus cessis, & solidum ab illis petere; an verò dempta sua parte unumquemque eorum pro sua portione convenire? variant Nostri in proferenda sententia, & quidam distinguunt cum *Cencio de censibus q. 71. & Amato lib. 1. Variar. cap. 37. num. 42.* alij nullam adhibendam distinctionem volunt cum *Fontanella de pactis nupt. clauf. 4. Glossa 18. par. 3. num. 7. & Rota penes Farinacium decis. 362. par. 1.* dicentes nunquam ad solidum posse fideiussorem agere adversus confideiussores suos. *Luca* autem ad *Francum in obser. ad decis. 55. num. 4. & 5.* hàc unicam quæstionem ut duplicem proponit, & ita loquitur ut quid sibi velit non facilè possit intelligi; nisi hoc solum quod referat *Pacificum de Salviano interd. inspect. 3. cap. 7. n. 33.* id ipsum voluisse quod *Faber* hic ut si aliquis ex confideiussoribus solvendo non fuerit, debeat damnum communicari. Et quod *Olea de cess. iurium tit. 5 q. 5. nu. 9. & 29.* de hac re tractet sicut & *Zacchias, Beltraminus Rodriq. & Reg. Capic. Latro.*



CAPUT XV.

De eadem cedendarum exceptione, & an fidejussori competat.

SUMMARIUM.

1 *Exceptio cedendarum competere quoque fidejussoribus constat ex plerisque juribus.*
2 *Effugium Fabri.*
3 *Occurritur.*
4 *Urget Faber.*
5 *Responsio.*
6 *Retorquetur assumptio Fabriana.*
7 *Præcipuum fundamentum Fabrianæ sententiæ.*
8 *Evertitur.*
9 *Pragmaticorum sententia, & de liquidatione instrumenti facienda à Cedente.*
10 *Cujacij & Fabri doctrinâ Pragmatici restringunt ad fidejussores non uno tempore acceptos sed successivè.*
11 *Plerique credunt quod sèper secundi fidejussores sint accepti sub contemplatione prioris.*
12 *Olea, & aliorum opinio, & Responsio ad l. si stipulatus.*
13 *Revocatur in dubium,*
14 *Potest evenire, & plerumque evenit, quod secundus fidejussor non fidejusserit contemplatione primi.*
15 *Quid de tertijs possessoribus dicendum sit.*

1 NON difficilè erit ostendere fidejussoribus quoque exceptionem cedendarum actionum competere, ideòque *Fabrianum* Paradoxum vanissimum esse. Siquidem primò in iuribus illis, quæ congerunt Doctores cum de hac re tractant, nempè in *l. fidejussoribus 17. l. cum is 36. l. at fidejussor 39. D. de fidejuss.* disertis verbis scriptum est, *cogi creditorem oblato pretio ad nominum venditionem*; Et non alio modo cogi poterit creditor quam vel opposita cedendarum exceptione, vel doli mali.
2 Nec effugies, si dicas cum *Fabro num. 10.* verum quidem esse quod in citatis iuribus dicitur de cogendo creditore; sed tùnc verum, cum creditor habeat quid cedat, de reliquo
3 si non habeat non teneri; nàm Respondeo, si non habeat, non teneri certò ad cedendum; nàm non potest quod non habet; Sed teneri non exigere, & dolo facere, si petat id, quod ad petédum actionem non habet, unde ab exceptione cedendarum excludetur atque ita obstabit ei ista cedendarum exceptio.

Secun-

Secundò recepta assertio probatur ex *Papiniani* altero Responso in *l.Stichum,aut Pāphilum* 95.§.*ult.D.de solut.* in quo scriptum: *si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, propè est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat*, adiectaque ea Ratio est, quæ non solù in mandatore tantùm; sed etiam & in fidejussore locum habet, (*cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actiones cedere.*) Ex his autem ita ratiocinari poterit si ideò denegatur in proposita specie actio crediroti quia actiones cedere non valet cor non id ipsum, quod in mandatore dicitur in fideiussore dicemus? Quando inter mandatorem, & fideiussorem non magna disparitas est, & in hoc de quo tractamus eadem Ratio mili-
4 tat. Sed urget Faber dicendo quod alitèr fideiussori consultum est, nam actionem mandati, aut negotiorum gestorum habebit: Cum mandator, qui pro debitore principali solvit, nullam habeat in debitorem ipsum actionem, nisi eam à creditore accipiat.

5 Respondeo incautè, ne dicam imperitè, *Fabrum* loqui; quo enim Juris loco scriptū est eum qui mandato debitoris debitum solvit actionem non habere? & si ità foret quando actioni mandati locus esset? Sanè competere actionem mandati scriptum ab *Vlpiano* videmus in *l.idemq;* 10.§.*fidejussores* 11.*D.mandati*: unde cum ita sit, curret paritas, & sicut rectè objicitur creditori à mandatario exceptio, illique imputatur quod actionem facto suo amiserit; aut inefficacem fecerit, cum sciret, aut scire deberet æquum fore, ut quandocunque solventi, & id exposcenti cedere actiones cogeretur; ità & fideiussori idipsum objici poterit; & quamvis uterque valeat actione mandati, & negotiorum gestorum, quod exsolverat à Reo, vel cōfideiussore repetere, hoc non obstāre expeditiùs, & melius visum est eisdem cedendarum actionem exceptionem dandam ad hoc ut non solvant, juxta Regulam *l.*3. *D. de compensat.* Et appositè adversùs Fabrum pronunciat *Jul.in l.si stipulatus* 15.*de fidejuss. Si stipulatus esses a me sine causa, & fideiussorem dedissem, & nollem eum exceptione uti, sed potius solvere ut mecum mandati iudicio ageret. Fideiussori etiam invito me exceptio dari debet: interest enim ejus pecuniam retinere potius, quam solutam stipulatori à reo repetere.* Quæso an non idem prorsus *Faber* desiderat dùm vult sulvere fidejussorem cogendum, ut deindè mandati agat?

6 Insupèr si uno ex fideiussoribus existente inope, cæteri fideiussures rectè obiiciunt creditori cedendarum exceptionem, ut idem *Faber* fatetur *num.* 14. ea tantùm de causa, *quod is qui inops est, poterit quandoque ditior fieri. Et proinde* (sunt hæc *Fabri* ipsissima verba) *si per creditorem stet, quominus ea cedatur actio, sive quod nolit ille cedere, sive quod cedendi potestatem sibi præripuerit, non est ei permittendum, ut adversus alium confidejussorem agat insolidum, ne ita fiat, ut ipsi adimere videatur beneficium divisionis, quod ille non dederit.* Cur non hoc ipsum generalitèr dicemus? & eo magis dicemus, cum fideiussur liberatus culpa creditoris non inops, sed idoneus fuerit? an iniquum erit spem quandam futuram, & incertam à fideiussoribus præripere, & non iniquum certam, & præsentem exactionem præripuisse? Et qua de causa quod in illo certo casu, non est indistinctè admittendum, cum non debeat à creditore beneficium divisionis ex torqueri, sive quod idem inane, & frustatorium reddi.

7 Sed videamus tandèm quid illud sit, quod *Fabrum* movit, ut promovere conaretur sententiam omni ratione destitutam. Ait itaque sub *num.*2. textum eum habere, quem non videt quomodò effugere Doctores possint, & hunc esse in *l.stipulatus* 15.§.1. *D.de fidejuss.* ubi *Julianus* Respondet *creditorem, qui in viginti acceperat duos fidejussores, si ab uno quinque acceperit, ne ab eo quicquam peteret, tùm ab alio petat quindecim nulla exceptione submoveri posse*, ergo ait *Faber*, neque exceptione cedendarum actio submovebitur.

8 Sed non ita Ratiocinatus foret si animadvertisset quod *Jul. in d.*§. 1. *l.si stipulatus* non propusuit generalitèr quæstionem, utrum in ea specie de qua agebatur fideiussur conventus potuisset aliqua exceptione rutus fieri; nàm si eam proposuisset, utique minùs rectè tàm indistinctè Respōdisset *nulla exceptione illum uti posse*, obstabat enim Constitutio *Hadriani*, cuius ipse forsan fuit, ut ex pluribus Juris nostri locis apparet, instigator, & Consultor, nedum conscius, & inverisimile est, & ineptum, dicere à *Juliano*, ità Responsum antequàm *Hadrianus* epistolam illam, qua fideiussoribus beneficium divisionis dedit promulgasset, nam ultra quod ridiculè divinaremus, adhùc si ità fuisset utique *Tribon.* non adeò stupidus dum in Digestis reponebat Responsum hoc, ut non emendasset, ut non mutasset.

Itaque quod apud *Julianum* in disquisitionem venerat, in adductu §.1. Erat utrum pactum factum ab eo, qui quinque duntaxàt solverat, ne ab eo amplius peteretur confideiussori prodesset, pareretque ad beneficium illius exceptionem quasi reliqua quinque remissa, & donata censerentur, & non parere respondit Juris Consultus, nam pactum cum uno factum alteri non prodest *l.fidejussor* 23. *D.de pactis*, ut rectè *Gothofredus* adnotavit: & proinde illa verba: *nulla exceptione submoveris*, non adeò latè, ut credit *Faber*, sunt acci-

pienda, ut prorsus omnem exceptionem adimant, sed ad propositum restriogenda; ut solù cum quadam emphasi excep rionem pacti excludant qua conventus tueri volebat, ut contextus innuit. Sanè quod paulò latiùs ut efficaciùs, loquutus sit *Julianus* errandi causam his, qui in Juris Consultorum Responsis versati sunt, date nou debuit.

9 Sed apud *Pragmaticos* quæ de Correis dicta sunt de fideiussoribus dicenda esse iodubitatum est, ideoque passim apud illos quod exceptione cedendarum sit tutus fideiussor, & quod possit petere, ut ei actiones cedantur cum adversus confideiussores ut diximus *lib.8.cap.*1.tum adversus principalem reum, scriptum invenies, ut videre est penes *Gratianum disceptat. cap.*701. *num.*4. *Pyrrhum Maurum de fidejussoribus* 2. *par. principali sectione* 6.*cap.*5.*num.*19. *Heringium cap.*27. *Acostam de privil. cred. regula* 3. *ampliat.* 2. *num.* 79. & passim apud alios, sunt etiam qui adeò id mordicus teneut ut siquod cedi postularut eius naturæ sit ut cedi nequeat, ut est apud nostros Regnicolas liquidàrio instrumenti sive incusatio instrumenti quarantigiati, adhùc velint creditorem teneti ad petitionem fideiussoris per se id agere dum ut possit facere fideiussor per cessionem operari non potuit; hiuc cogi à fideiussore creditorem posse ut instrumenta liquidet scripsère plerique apud *Torum* in supplemento decisionis in ver. *cedens* non obstantibus his quę congessète *Francus decis.* 353.*& Gaitus de credito cap.*3. *tit.*4. *n.*1160. Sed revera *Franchi & Gait.* verior sententia est; nisi pacto speciali apposito fuisset conventum quod cedens ad requisitionem cessionarij liquidare cogeretur ut *Rovitus* advertit in *Rubrica pragmaticarum Sanctionum de liquid.instrument.num.*11. *& Consil.Roccus Responso* 79. *sub num.*4. tunc enim liquidatio fiet, utroque, scil. cedente & cessionario assistentibus iuxta tradita à *Galterio in praxi liquid.par.*1.*par.*2.*n.*31.*& Sanfelicio decis.*213. fiet tamen liquidatio ad petitionem, & voluntatem cessionarij, & in eo foro in quo ille velit *Moccia in Sylva cap.*10. ut latiùs *de Luca ad Francum* adnoravit. Hinc si fortè ex duobus fideiussoribus alterum creditor liberaverit, tunc adversùs alterum pro solido Nostrorum recepta sententia agere vetatur; quoniam ei obstat exceptio cedendarum, ut cautum in *l.Stichum* § *si creditor D. de solutionib. in l.fideiussoribus* 17. *D. de fideiussoribus in l. si pupillus D.de admin.tutorum* defendunt ultra suprà citatos *Parladorus quotidianarum cap.fin.*4.*par.*§.6.*nu.*2. idem *Gratianus decis.*215.*num.*13.*& cap.*409.*per totum, Cencius q.*84.*num.*23.*Galleratus de renunciatione tomo* 2.*cent.*1.*renunciat.*79. *Merlin.de pign. lib.*4.*quæst.*72.

10 Hinc quod *Faber* mutuatus à *Cuiacio lib.*51. *Digestorum Juliani ad l.si stipulatus* ostentat hic non obstaturam exceprionem cedendarum creditori, qui unum ex fideiussoribus liberasset ex citata *l.si stipulatus* 15. *D. de fideius.* ad eum casum *Pragmatici* restringendum volunt, in quo accepti quidèm duo fideiussores; sed diverso tempore fuerint, & ita accepti ut primus secundi, & secundus primi non habuerit considerationem; ut voluit *Gratianus cap.*409. *& decis.*285. *Intriglialus decis.*216. *num.*39.*lib.*1. *Novarius ad Francum decis.* 55. & ex eo alij Addentes, & *Rodocrius in addit.ad caput* 140. *Reg. de Marinis num.* 25.*& Amatus resolut.*37. *Acosta, Merlinus,& Cencius* locis citatis.

11 Verum enim verò illud dissimulandum non est, quod horum sententia plerisque displicet, ea nimirùm de causa, quod semper secundo loco acceptus fidejussor videtur contemplatione primi fideiussisse; ideòque & si hoc secundo liberato priori fideiussori exceptio non competijsset, attamèn vice versa liberato primo ei, qui secundò acceptus est competere videtur.

12 Hinc post *Neguzantium Olea tit.*5.*qu.*2. *n.*33. reiecta *Pauli de Castro, & Arias de Mesa* solutione quam dant ad obiectionem ex *d.l. si stipulatum* textum illum restringit ad creditorem, qui exigendo miuùs, alterum ex fideiussoribus liberaverat, sed ideo quoniàm exceptione tutum viderat, adeò ut & potuisset nihil solvere, nã quia in hoc casu, saltèm partem recuperando utilitatem confideiussori attulit; qui ideò non solidum solvere cogitur, non rectè is posteà confideiussor exigenti excep rionem cedendarum opponet.

13 Sed in præsenti vix est, ut huiusmodi Responsio adaptari ad textum possit, vitio nãq; laborat divinationis quicquid *Olea num.*34. suadere conetur, nulla enim in tex. coniectura, vel minima quod in specie proposita fideiussor tutus exceptione fuerit, & quamvis turus, partem licèt nou integram portionem suam creditori solverit: deindè quod dicunt de secundo fideiussore, quod semper videatur acceptus contemplatione primi, non undequaque verum est: quid enim si secundus hoc nesciebat quod alius ante eum pro eodem debitore fideiusserat? quid si sciebar, sed non curavit fideiussurus quoque sit nun primus intervenisset? vel quia debitori coniunctus, & necessarius, aut beneficio meritus: quid si secundus interesse in negorio habuir, aut lucrum participarus est? Certè in his omnibus, & similibus casibus non potest censeri absolutè secundum contemplatione primi fideiussisse.

14 Sed utcumque de his, illud certum quod quæ dicta sunt de Correis, & fideiussoribus, pos-

possunt in tertiis possessotibus (ut Nostri vocant) tractari; unde postquam eorum unum Actor liberaverit an & quomodo valeat adversùs cæteros agere docet *Rovit. decis.* 47. & ibidē *Altomarus*, qui nonnullos casus enumerat, in quibus huic exceptioni cedendarum locus sit, aut non sit & de ea tractantes ad rem adducit.



CAPVT XVI.

Interest aliquantulum an Correi socij sint, nec nè.

SVMMARIVM.

1 *Distinguendum est an Correi socij alias fuerint nec ne.*
2 *In quo vera differentia consistat.*
3 *De quæstione utrum Correus quod per cessionem consequutus est, teneatur Correis communicare.*
4 *Differentia fere extrinseca, & in nomine tantum remanet.*
5 *Sed tamen in aliquibus apparet.*
6 *In societate qui solus administrat solus tenetur.*
7 *Sed non potest conveniri nisi inspectis computis, & soluto quod ei debetur.*
8 *Capitalia pecuniarum posita in societate, & si inæqualia communicantur.*
9 *Socius agens ex cessione adversus consocium debet, & pro parte illi cedere, aliter obstabit ei quoque cedendarum exceptio.*

1 ET si qui Correi obligantur socij in illa obligatione sint, ideoque socij appellantur; non tamen sequitur ut Cörrei alias socij esse debeant, & si possit evenire, ut tales antea fuerint, præcisa illa obligatione in qua Correi sunt facti; unde fatemur, & non parum referre, an Correi debendi, & stipulandi socij fuerint, nec nè? verùm quod ex hoc deduci possit, quod Correus, qui socius non erat, totumq; solvit, nulla actione adiu-
2 vetur, perpetuò negamus: Erit itaque ex nostra sententia quicquid alij credant, quicquid *Faber* in præsenti contendat, in eo differentia inter Correos socios, & non socios, quod in illis, quod alter solvit, statim in vim societatis alteri Correo imputat, etiam si ex propria, & peculiari obligatione solvisset, dummodò non etiam ex propria culpa præstiterit *l.* 3. *§ sed quod socij D. de lib. leg. l. si communit* 9. *l. si ex duobus* 17. *D. de lib. leg.* At in his scil. in Correis non socijs, non statim imputat Correo; sed tunc demum cũ cessis actionibus agit adversùs illos, aot si cessionem non consequutus foret, & coactus solverit, cum ijs utetur actionibus, quas ei accommodàdas suprà probavimus. Hinc rectissimè tum in specie *l. ea lege* 62. *D. ad l. falcidiam*, tùm etiam alibi distingui solet, an Correi socij fuerint, nec nè; nàm non parùm interest, & si utroque casu is, qui totum solvit actiones adversus Correum socium sit habiturus.

3 Sed in ea quæstione utrum Correus stipulandi, quod à debitore communi consequutus est, teneatur cæteris communicare; si quis *Bartoli* distinctionem inter causam lucrativam, & onerosam recipiendam existimaverit is, facilè Fabriana commenta diluet: etenim quæ *Faber num.* 11. affert Juris loca *in l.* 2. *& l.* 3. *§. ubi duo D. de duobus reis l. si rem aliquam* 31. *§.* 1. *de novat.* probant quidem, quod unus ex reis promittendi insolidum possit totum exigere, sicut & novare, & in judicium deducere: at quod totum retinere possit, postquàm exegit, non dicunt; ideòque communicationem non excludunt, quod & reliquis à *Fabro* allatis Responderi potest; nam quis non videt aliud esse, posse unum ex Correis insolidum totum recipere, liberataque reum, si ei totum solvat, aliud non teneri recipientem eius quod consequutus est partem eum socio communicare; præsertim cum causa onerosa adsit, quæ non patitur eum, qui exegit locupletari eum aliena iactura, neq; credendus est, qui fortè impeditus, aut saltem non adeò sollicitus ad exigendum fuit, si nō diligētissimus paterfamilias, adeò tamen deperditus, ut donare velit partem ad se spectantem Correo; & quādo insolidum stipulatius fuerat tunc de donàda sua parte Correo cogitasse, ut credit *Faber*, sed ita egisse, ut facilius adiuvante ad exigendum socio, sibi promissum ideoque debitum consequeretur.

4 Verum enim verò illud fatendum est, quod si vera sunt, quæ diximus ex *Interpretum*, & *Pragmaticorum* communi sententia, & verum quod Correus, qui totum solvit, tot habeat remedia, quibus adversus Correum agat, ut pro concurrenti quantitate solutum recuperet. Et rursùs si verum etiam est, quod plerisque placere diximus, Correos omnes vice mutua fideiussores esse, scil. pro ea parte, quæ non pervenit, vix est, ut notabilis sit differentia inter Correos socios, & non socios; & poterit dici non obstantibus his quæ in hoc capite disseruimus, quod illa de nomine potiùs, & extrinseca quam de re ipsa remanet.

5 Nisi in eo esse dicamus, quod si Correi socij fuerint, tunc multò minùs quàm si socij non forent, alter eorum conventus poterit de alterius opponere excussione, vel divisionis, beneficium implorare, aut exceptione cedendarum

datum uti, ea nimirùm ratione, quia societas facit, ut quilibet eorum verè, & absolutè insolidum teneatur, & uti principalis, ut ex doctrina *Bartoli*, *Alberici*, & similium *Rota Gennensis* docuit *decis.78. nn.2.& 97.nn.7.* ex qua *Reg.Consil.Roccus notabili* 11.

6 Et insuper adijciamus quod differentia cõsistet etiã in eo, quod si correi, & socij fuerint, nõ multum de cessione impetranda curandũ est illi, qui solvit: cum actionẽ *mandati, & pro socio* habeat qua invicèm tenetur cũ socio, illisque possit experiri; nisi dicas societatẽ ità contractã, ut unus solus administraret; nàm in hoc casu quia is, qui curam administrandi bona societatis habuit, solus à consocijs conveniendus erat, ut ex eadem *Rota Gen.dec. 176.n.7.& dec.46.idem Roccus notat notab.*14 oportet, ut qui solvit si velit etiam adversus alios consocios agere, cessionẽ impetret; alioquin non aget, nisi adversus illum qui administrat, nam nisi illo excusso socij teneri non possũt Vide *Felic.de societate c.31.n.26.& 33. Escobar de ratiocinijs cap.3.n.64. Fulgosium,*
7 *Socc.& eandem Rotam Gennen. dicta decis.*46. At hic administrator sivè à socijs, sivè ab extraneis conveniatur, non alitèr tenebitur, quam priùs ratiocinijs dispũctis constiterit de acceptis, & datis, & nisi prius sibi satisfecerit de suo Credito *Caroccius de deposito tomo 5.n.5 & Escobar de ratiocinijs nn.15.cap.14. ex quibus, & alijs idem Roccus not.30.de societ. mercat.*

8 Porrò, & ad illud, quod *Faber* hic de cõmunicatione facienda à Socio ejus quod adeptus est movet, adnotari poterit, quod inita ea societate, in qua socij omnes pecuniam pro capitali ponant, & si inæqualem pecuniam, & proinde inæqualia capitalia posuerint, unde habita proportione lucrum, & damnũ sentient, nihilominus capitalia ipsa paritèr, & si disparis summæ inter se cõmunicata intelliguntur, ut *Felic.* explicat *de societate cap.9.n.54.* post *Soccinum cons. 264. n.2.lib.5.* quod tamèn limitat *Duardus lib.2. c.4.q.17.n.4.* nisi capitalia apposita in nominibus debitorum consisterent de quo *Roccus notabili* 29.

9 Postremò adnotandum est, quod actiones cessas, quas habuit à principali debitore correus, aut fidejussor, si posteà intentet adversùs correum, vel fidejussorem tenebitur, & illis, pro eorum portione cedere: Vndè si perdidisset actiones, ei quoque exceptio cedendarum obstabit, ut à *Feliciano*, *Avendano*, & *de Ponte* exemplificant *Duardus de censibus §.5.q.23.à n.43. & Amatus sæpius citatus resol.37.n.43.*



CAPVT XVII.

De Dioclet. & Maximil. Rescripto in l.Creditor C. de duobus reis.

SVMMARIVM.

1 *Faber insurgit adversus Rescriptum Imperatorum.*
2 *Quid eo Rescripto contineatur.*
3 *Quid Basilicorum libri.*
4 *Removetur obiectio.*
5 *Confirmatur lectio recepta.*
6 *Fabri Coniectura de subreptione.*
7 *Reicitur.*
8 *Non potest ex Irnerij Autentica apertum Imperatorum Rescriptum in discrimen poni.*
9 *Tribonianus vindicatur.*
10 *Judicium de altero Rescripto, quod refertur in l.1.C.de duobus reis.*
11 *Quid Pragmatici.*
12 *In Criminalibus Judicijs potest quisque insolidum ad pœnam adigi.*

1 TAndèm erumpit *Faber* adversus *Dioclet. & Maxil.* Rescriptũ quod extat *in l. Creditor C.de duobus reis*, nam cum alias evitare illud non possit, velit tamèn obstinatissimè admissum errorem defendere, ab inepto Interprete, aut à *Triboniano* Corruptum esse, audacissimè asseverat, hujusmodi tamen assertio, quam non vera sit, ex sequentibus facilè detegetur.

2 Primò quia, & si ex his, quæ suprà à nobis sunt observata constaret apertissimè quod in specie *Imperatoribus* proposita erat reo promittendi, qui totum solverat danda actio; quoniàm non solidum debebat, & coactus solverat nempè in judicio conventus, juxta ea quæ toties inculcavimus; Attamen quia non solũ de correo suo, sed etiam de Creditore, qui sciens ad illum nonnisi partem pervenisse apud *Imperatores*, is qui solvit querebatur. Rescripsere *Imperatores*, & primum hãc propositionem præmisère *Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sunt duo rei promittendi ejusdem pecuniæ, à quo velit* ita monentes supplicantem quod minus justè adversus Creditorem in supplicationis libello institerat; respicientes posteà ad correum adijcère, & *ideo si probaveris te conventum insolidum exsolvisse Rector provinciæ juvare te adversus eum, cum quo communiter pecuniam*
3 *accepisti, non cunctabitur*, quod idem extat ac si, ut habent *Græci Basilicorum lib.26.tit.3.c.4*, di-

dixiſſent ſubvenientеadverſus correum de-
reſtiruenda parte dimidia, hoc itaque modo
ad utrãque propoſitionem *Imper.* reſponde-
runt, & perſpicuè, & concinne. Cæterum cũ
Reſponſio ad duas partes ſupplicationis ad-
apranda fuiſſet oportuit, ut & illa duas par-
tes haberet diverſas quidem inter ſe, ſed non
contrarias, ut credit, *Faber*, id enim non ali-
ter contingere poterat, quã ſi ridiculè pone-
res eundem eſſe, & Creditorem, & Correum.

Porrò tantum abeſt ut priori clauſulæ ad-
verſetur, quod verſa vice à priore illa infera-
tur ſecunda & *ideo Rector Provinciæ ſuccur-
rere tibi qui ſolidum ſolviſti non cunctabi-
tur*, nam quia erat jus Creditori ſolidum
ab obligaro exigere, iuvandus erit ſolvens
& ſi alias non juvandus ſi jus Creditor non
habuiſſet exigendi, & ille tamen volens ſol-
vit cum cogi ad ſolvendum non poſſet. Cæ-
terum eum correus exigere ab uno ſolidum
non vetaretur habereтque actiones quas ce-
dat adverſus alios correos à quibus exigere
omiſit; rectiſſimè deduceтur Rectorem Pro-
4 vinciæ adjuvare debere ſolventem. Nec ſi-
mile eſt, quod de eo, qui inutiliter acceptus à
principio fuerat quiqvè obligari nõ poterat
dictum eſt in *l. duobus 6. in l. ex duobus* 12. *&
in* §. 1. *D. de duobus reis*, nempè quod illo
ſubducto, ſolidum à correo quidem poterit
exigi, at nulla actio ei ſolventi erit adver-
ſus ſocium præſtanda, ſiquidem aliud eſt
quicqoid cavilletur *Faber num.* 4. obligatum
eſſe ab initio ad ſolidum, & obligatum cum
muliere, vel pupillo, quos conſtabat inutili-
ter, & contrà juris principia acceptos, aliud
obligatum, ſed cum correo quem teneti quo-
que certum erat; & rurſus aliud velle ceſſio-
nem actionis adverſus mulierem, & pupillũ
ideſt adverſùs non obligatos, & velle extor-
quere à creditore quam non habebat actionẽ
& nunquam habuir, aliud velle ceſſionem
adverſus Correum obligatum, & æquè obli-
gatum validè, & utiliſſimè.

5 His accedit quod mali Interpretis non eſſe verba: *& ideò ſi probaveris, te conventum, &c.* ſuadet, Primò omnium Codicum contextus, & fides; nàm in omnibus parirèr verba illa extant: ſuadet Secundò veterum *Gloſſatorum Irnerij, Azonis, & Accurſij* autoritas: hi enim omnes, & hæc verba agnoverunt, & gloſſarunt, & pro ſua ſenrentia aſſerenda expenderunt, ut videre eſt in *Gloſſa* ad verbum juvare *lit. D.* Tertiò tandèm omne tollit ſcrupulum Græcorum librorum verſio; nàm in libris *Baſilicorum lib.* 26. *tit.* 3. *D. de conſt. pecunia, & duobus reis cap.* 4. ijſdem ſerè verbis hoc Reſcriptum habetur relatnm.

6 Sed inveſtigemus *Fabri* Conjectura, quænam ſit de ſubreptione; & cum ille *num.* 6.
ſcripſerit, *Sed obſervandum eſt, Autentica hoc
ità, quod ſtatim ſequitur, non poſſe ad hanc po-
ſteriorem l. partem accommodari; ſed tantùm ad
priorem, ut non temerè ſuſpicari liceat poſte-
riorem, quam nos irreptitiam eſſe contendimus
7 in Irnerij libris defuiſſe*, videtur ſe motum
fuiſſe ad coniectandum à litera *Aut. hoc ita*
ſequentis ad hanc noſtram legem, & ex illa
credidiſſe ſecundam partem Reſcripti hujus
abfuiſſe à libris Irnerij; ſed inane motiuum,
& falſa Coniectura eſſe oſtenditur. Primò
nam in libris Irnerij adfuiſſe eo modo quo
nunc extat reſcriptum locupletiſſimus teſtis
Accurſius eſt in gloſſa paulo ante citata ad
verbũ *juvare*. Secundò eo quod clare patent
Autenticę verba non tantũ ad priorem par-
tem: ſed & ad ſecundã tex. pertinere, nam
cum ſcriptum in hac ſeconda parte fuiſſet
*Si probaverit te conventum in ſolidum exſol-
viſſe*, appoſitè adiecit Irnerius. *hoc ita ſi pactũ
fuerat ſpeciale unumquemque teneri inſolidũ,
& ſi alter inops ſit inſolidum, vel in partem, vel
id ſaltèm ab altero petatur, vel ſi abſens ſit.* Do-
cuit enim ità Epiromator nõ ſufficere correo,
qui agere adversùs correum velit, probare ſe
conventum ſolidum exſolviſſe; ſed jure novo
opus eſſe, ut ità à principio pactum fuiſſet
ſcilicet, ot conventus ſolidum præſtare
oſtendat; alioquin ei imputari, poterit cur
ſolidum ſolverit non exiſtente pacto nam
videbitur ſua ſponrè potiùs quam coactè, ut
nos exigimus, exſolviſſe; igirur non verum
quod Irnerij Autentica ad hanc ſecundam
partem non pertineat, ſed verum quod pro-
priè, & ſpecialitèr pertineat.

8 Sed eſto quod ab Irnerij libris abſuerit hujus legis pars, eſto quod *Autentica hoc ita* non pertineret ad aliquam ipſius partem, quinimo ad neutram, ſed temerè, & impertinenter inſarcita poſt noſtram legem fuiſſet, an ideo lex noſtra diſpungenda erit? Er Irnerij cauſa *Dioclet. & Maximil.* Reſcripra, à iuris libris evellenda? Certè qui ita credit ineptire eum credendum eſt, & ſi ſuadete ſe poſſe id alijs credat, magis, ac magis eum delirare affirmandum eſt.

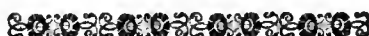
9 Ergò ſi Interpretis hec ſecunda pars Reſcripri non eſt, multò minùs *Triboniani* erit, ut rurſus coniectarur *Faber num.* 10. aſſerens ità *Tribonianum* ſcripſiſſe ad *Juſtiniãni Conſtitutionem*, ut facere ſolet, reſpicientem, hoc enlm nil dici imperitius poreſt, nam cum ſecundus Codex in quo (conceſſo ex abundanti, quod in primo Codice non fuerit hoc reſcriptum inſertum) ſecundus inquam Codex promulgatus fuerit Juſt. PP. IV. & Paulino V.C. Cõſulibus, ſcilicet Imperij Iuſtiniani anno 8. ut cum Contio in Faſtis Conſularibus, & cum *Dionyſio Gothofredo* vulgò obſervatum eſt; *Novella* autem *Juſtiniani* 99. edita ſit in ipſius *Juſtiniani Imperij* anno 13, Arione

(vel

(vel ut alijs placet) *App. Conf.* ut in editione
Gothofredi, vel *Instino jun. V. C. Consule* (videl.
in oriente ut credidit *Contius*,) utcumque
quinque ferè post annos non potuit nisi
prophetaverit *Tribonianus*, Rescriptũ *Dioclet.*
& Maximil. emendare, atq; ad constitutio-
nẽ quæ nõ erat accomodare. Neq; rursùs edito
Codice lata, & post annos quinq; Novella, de-
nuo per Orbẽ jam dispersa omnia Codicis exẽ-
plaria resumere in manus, atque in illis accu-
ratissimè, hominem alioquin Fabri judicio
immemorẽ & vecordem, Rescriptũ *Dioclet. &*
Maximil. emendare, religione motus, ne *Ju-*
stin. Novellæ adversaretur, & ne mutatum Re-
scriptum abrogatumque videretur à *Novellis*
quæ iuris recepti abrogãdi mutandive causa
promulgabantur. De reliquo, quia verum
semper fatendum est, Oportet ut dica-
10 mus alterum Rescriptum *Dioclet. & Ma-*
ximil. quod præcedit, & est in *l. si duo 1. C. de*
duobus reis, quamquam *Cujacius* nonnulla
adversùs illud excitaverit *lib. 5. obser. cap.*
55. (à quo Faber, quæ hic attulit desumpsis-
se videtur) jam antea apud *Antiquos*
in suspicionem venisse quoniam à veteribus
Codicibus aberat, & ab *Accursio* glossatum
non inveniebatur: hinc à nostro Codice, &
ab hoc tit. delendum esse audacter scripserat
Aretinus in comment. ad Aut. hoc ita C. de duo-
bus reis, sed quia id *Repetẽtib.* alijs nõ placuit,
& stilus satis ostendit genuinũ esse *Dioclet.*
& Maximil. partum, subsistimus; nam hinc
in omnibus libris relatum est, hinc deest à
Basilicis, in quibus *lib. 26. tit. 3.* tantummodò
l. Creditor quæ secunda est, tanquàm pri-
ma, & unica in hoc tit. refertur; ut me admo-
nuit de Græca Natione optimè meritus, cujus
feliciora ingenia Poetas scilicet ab ævi, &
oblivionis iniuria vindicat, *Laurentius*
Crassus, quem Historia, Poesis, Jurispru-
dentia, & omnigena eruditio admira-
bilem, & doctis omnibus, conspicuum red-
dunt.

11 *Pragmatici* tamèn parum de his quæ supra
disputavimus curant, sed utrumque Rescri-
ptum recipiunt, eisque utuntur, & ab eis
sumpta occasione examinant, an creditor,
qui ex pluribus reis unum convenit, & ab illo
partem exegit, adeò divisisse creditum cen-
seatur, ut non possit ampliùs à reliquis soli-
dum exigere; Finge ex quatuor Correis ab
uno quartã pecuniæ partẽ exegisse, an coga-
tur ex reliquis Correis unũquemq; pro quar-
ta parte convenire, an verò ab uno ex tribus
totum reliquum crediti petere possit? & cum
anceps quæstio sit, hinc inde digladiantur,
ut apud *Costam de ratione rata quæst. 16. &*
quæst. 130. videre est, nos tamen de ea alibi,
quæ receptiora sunt adnotavimus.

12 Cæterùm locus Rescripto in criminalibus
iudicijs non esse volunt nam si plures rei ad
pœnam banni unica sententia fuerint con-
demnati, & unus ut absolutionem obtineret
solidum parti læsæ, & Fisco solverit; non id-
circò reliquos liberatos, sed ab eis quando-
cunque denuò solidum exigi posse clamant
cum *Joanne Meisehen. decis. 15.* faciunt tra-
dità à *Ronchegalio ad l. tum à principio n. 301.*
D. de duobus reis.



CAPVT XVIII.

De pacto unius ex Correis, an prosit, vel noceat alteri, defenditur recepta lectio in l. si unus 27. D. de pactis.

SVMMARIVM.

1 *De pactis à Correo factis an prosint alijs.*
2 *Et an noceant? distinguendum.*
3 *Fabri sententia reicitur.*
4 *Pactum Correi non socij nocet.*
5 *Conciliatur Venulejus cum Paulo.*
6 *Qui nequaquam dissensère ut credit Faber.*
7 *A regula, & distinct. excipitur species l. si duo 34. D. de receptis arbitris ob peculiarem rationem.*
8 *Interpretes admittunt distinctionem.*
9 *Non item Pragmatici.*
10 *Socij una eademque persona esse fingitur.*
11 *Quod unus gerit, mandato alterius gessisse videtur.*
12 *Et contractus omnesque actus societatis nomine censetur fecisse.*
13 *At non idem in delictis.*
14 *Ideo non recuperat quod alias recuperaret.*
15 *An socius possit compromittere.*
16 *Quid si pro cessione agens adversus socios cum cedente in residuo creditore concurrat.*

1 PActum in rem conceptum cum uno ex
Correis prodesse alteri, si interest paci-
scentis Responsum est in *l. idem in duobus 25.*
& similibus *D. de pactis*; interesse verò constat,
2 cum socij fuerint Correi *l. Granius 71. D. de*
fideiuss. Ergo si vice versa an unius factum,
aut pactum cæteris noceat in quæstionem
proponas, distinguendum erit ex ijsdem,
aliisque Juris locis, & videndum an socii fue-
rint Correi, an verò non tales; nàm si socii
fuerint, pactum factumve non nocere cum
Paulo post *Neratium Atilicinum, & Proculum in l. si unus 27. D. de pactis* dicemus, assi-
gnata ex *Labeone* perspicua ratione, quod

oèc

nè c novare alter socius potest, idest præsentem obligationem, non solùm non dissolvere, sed non invertere, aut mutare, vel transferre; At si socii non sint, alterius pactum, aut factum cæteris obstaturum, affirmabimus *l. ex duobus 18. cum seq. D. de duobus reis*, Nam unusquisque eorum novare poterat *l. si rem 31. §. si duo D. de novat.* Hanc autem traditam distinctionem, & differentiā Ratio ipsa societatis cōstituit, nam hęc cum indocat inter socios bonorum omnium communicationem *l. 2. D. pro socio*, efficit etiam ut qui disponit non magis de re sua, quam de socii disponere videatur atque de re alterius paciscі, unde sequitur quod & si quis possit meliorem socii facere conditionem, nempè solidum petendo, ut Paulus monet, tamē nō facere deteriorem ex generali Regula *l. 1. §. ult. D. quod vi, aut clam l. ne in potestate 26. D. de receptis l. 5. §. si plurium D. de novi oper.* potest, & pactum à socio quasi de re alterius, non nocebit socio, sicuti domino non noceret pactum ab alio factum quam à se ipso.

3 Non ergo generalitèr verum quod scribit *Faber num.* 3. quod factum unius ex Correis noceat cæteris, præterquàm si agatur de mora per culpam, aut dolum contracta, quoniam ut diximus distinguendum erit an socii fuerint correi, nè c nè, & si socii fuerint, negandum alterius factum, aut pactum nocere cæteris; excepto in specie *l. 43. D. de receptis arbitris*, de qua infrà tractabimus; Quis enim imputabit Correo socio, quod cum alio impudentiore se obligaverit, nisi solus *Faber*? qui hac ratione dolum unius, aut culpam alteri vult imputandam contrà textus in *l. mora 32. §. si duo D. de usuris l. in condemnatione 173. §. unicuique D. de reg. juris*, & sanè quid si à principio bonus fuisset socius, & bona fide in negotio versatus? quid si frugi pater familias, at deindè ut sunt hominum mores in deterius proni impudens factus, & improbus, aut secors, & ignavus evasit? an imputandum Correo, quod cum hoc societatem inierit?

4 Porrò si nequaquàm socii Correi fuissent quis ignorat quod in sexcentis Juris Nostri locis exploratissimum est, unum posse cæteris nocere, unum posse solidum exigere, posse novare? idque aperta illa ratione, quod unicuique ex Correis non sociis solidum debetur *d. l. 2. D. de duobus reis*; Unde qui exigit, aut novat, non de re alterius: sed de re prorsùs sua disponit.

5 At quia hoc quod dictum est, & si in delegatione, acceptilatione, & similibus exploratum foret, in novatione tamen in dubium revocabatur, hinc *Venulejus*, ut dubium tolleret apertis verbis pronunciavit, & novare Correū posse *in l. si 31. §. si duo D. de novat.* malè tamē vulgò, & pessimè *Faber* hic *Venulejum* opponūt adversus *Paulum* in *l. si unus §. idem q; D. de pactis*: quando Sole clarius est hunc de Correis sociis tractare; siquidem cum de argentariis sociis apertissimis verbis proposuisset; dum adiicit *idem in duobus reis*, satis indicat, ut comparatio cōvincit, idem de duobus reis sociis velle non de non sociis dicendum; nisi velimus asserere, quod ex eo quod aliqui Correi fiunt statim socii fiunt contrà Regulā *l. si duo 10. D. de duob. reis*, quod si dicamus hoc non admittendum idem quod in argentariis sociis in Correis similiter sociis *Paul.* admisisse oportet, & de his loquutū in *d. §. dicere.*

6 Cum itaque tàm perspicua ratio inter socios, & non socios distinguendi fuerit, quis credat *Fabro* asseveranti Juris Consultos dissensisse in hac materia; cùm potius diversa, & in diversa specie, quam opposita respōderint? Quis assentietur ei in emendatione dictæ *l. si unus*, & in detrahēdo ab illis verbis *Argentarijs socijs* verbum illud *socijs*, veluti ex *Glossa* imperiti Interpretis irreptitium, quando *Pauli* esse, & retinendū, & replicandum in sequentibus Ratio supra allata convincit, & libri omnes etiam Græcorum, in *Basilic. lib. 11. tit. 1. cap. 27.* suadent.

7 Rursus, & in *l. si duo 34. D. de receptis arbitris* duo observanda sunt. primum, quod *Paulus* non obscurè ibidē distinguat inter socios, & nō socios. en verba, *Et fortasse poterimus ita fidejuss. coniungere, si socij sint alias, &c.* Secundum quod in ea specie, & dum de parendo arbitro tractabatur non idem dicitur, quod in novatione, sed concluditur Correi socii, aut argentarii factum nocere alteri, itaut si unus vetitus sit petere, & alter petat pœna committatur, cum si socii non fuissent, aliud dictum foret. Ratio tamen, in his quoque eadem est; nàm vis illa societatis, quæ communionem inducit, sicuti facit, ut qui disponit non magis de re sua, quàm de re socii disponat, ideoque impedire nocere possit pacto aliquo aut facto ut supra diximus, ita facit ut cum quis aliquid agit contra vetitum, aut contra promissionem non magis ipse agere quam socius videatur, & non magis rem suā, quam rem socii, & socii nomine petere, quod cum vetitum fuerit, committetur pœna, ne ità eludatur arbitri laudum quo unicuique vigore societatis vetitum petere censetur; factum itaque socii in proposito nocer socio, & nocet ex eadem ratione qua sociorum facta, & pacta nocere non solent, habet tamen specialem tractationem species ista ob stipulationem interpositam, & necessitatem impositam parendi arbitrorum sententiis. Sed hæc sufficiat à nobis fuisse dicta qui alia volet, legat *Cuiacium obser. 22. cap. 7. Robertum 1. sent. cap. 25. Osualdum ad Donellū,*

Donellumque ipsum comment.16.cap.25.lit.B. aliosque quos in conciliatione horum Jurium relatos habet *Genua* in sua legum conciliatione.

8 Cæterùm illud constat, quod & *Repetentes* omnes insistentes citatis Juribus contendunt, pactum alterius ex correis si socij fuerint alijs non nocere, ut videre est apud *Bartolum*, & sequaces *ad rubr.& l.1.& ad hāc l.si unus 28.D.de pactis*, & apud *Rouchegaliū l.9.§.sed si quis, & passim D.de duobus reis*: & *Neoterici* concordes idem sentiunt, ut rectè advertit *Robertus primo sententiarum cap.25.*

9 *Pragmatici* tamen propositam distinctionem non solum admittunt, sed multò magis in socio, quàm in simplici correo contendunt factum pactumve unius prodesse cæteris, &

10 nocere, arrepta enim occasione ex quadam *Baldi* traditione *in l.1.n.17.D.de offic. Consulis* qua dicitur quod socij singuntur una, eademque persona, statim omnia inter socios communicari mordicus clamant, & quod al-

11 ter gerit mandato aliorum gessisse cæteri volunt post *Rotam Genuensem decis.97. nu.7. & dec.74.& decis.185.& decis.80.* ideòque & si exigat pecuniam teneri illam communicare, quamquam pro sua parte exegisset, & postea debitor effectus inops foret *Menochius consil. 46. volum.1.* docet, aliaque similia, & in sū-

12 ma firmant Regulam, quod semel inita societate, contractus omnes pacta, transactiones, & quæque alia sequentur, & si expressim non fuerit ità dictum semper societatis nomine, censentur facta, adeòque inter omnes communicata. *Cravetta consf.208.Caldersnus cons. 6.lib.ult.Corneus cons.112.lib.4.Rota Genuensis dec.176. nu.20.& ex his, & Bartolo.Consil. Roccus in Not.de societ.mercatorum not.76.ubi plura ad materiam in seq.*

13 Quorū illud specialiter notatu dignū, quod quamvis contractus, aut pactum velint Nostri quod reliquis socijs noceat non tamen idipsum admittunt in delictis; ideòq; si quid occasione delicti, & si pro utilitate societatis cōmissi, unus ex socijs impenderit, id non imputabit socijs, nec damnum acceptū cum illis cōmunicabit, sicut neq; pœnam quam solvit, quoniam ex. gr. vectigalia fraudavit à socio recuperat, aut quod expendit; quoniām vulneratus in rixa fuit, repetit, & ità ex *Molina de contractibus disp.411.n.3. ex Glossa in l.1.§.si quis lucrum, cui non datur D.depositi* notat idēm *Roccus notabili 39.* quādo aliàs

14 si pro mercibus distrahendis expendisset, aut se ipsum vulneratum, aut infirmum curasset, vel à captivitate redemisset, aut si naufragio facto amittere plura aut omnia bona coactus foret omnia à socijs recuperaturus fuisset, ut idem *Molin.cit.disp.418.& 118.* Et ex eo *Aucarane, Baldo, & Azorio* notat idem *Roccus notabili 34.usque ad 37.* quo in loco refert eam esse rationem *ex Alexandro & Tusco lit.S. concl.287.n.9.& 13.* quod hujusmodi, & similes expensæ, aut damna ideò cōmuniocat socius cū alijs quooiā fortuitò evenisse, ut faceret, aut pateretur, supponitur, alioquin si culpa ejus adfuisset, aut delictum, non idem dicendum foret.

15 Denique si quis scire velit an socius sicut pacisci, ut diximus, ità & compromittere de re Societatis possit is videat *Marantam in suo speculo p.4.dist.9.de indicijs n.47.*

16 Sicuti si quoties ex pluribus correis qui vltrà partem suam solvit, & pro eo, quod ultra solvit, cessionem à Creditore impetravit, an adversus socios agens, cum suo cedente Creditore adversus eosdem pro residuo credito iridèm agente, concurrēdo iustum sit ut ei præferatur, & quid faciendum apud *Carocium* habebis *dec.4.* & ex eo apud *Altomar.ad Rovitum dec.47.* in vers. *obser.2.* ubi & de possessionibus tractat.



CAPVT XIX.

Ad tex.in l.si id, quod 15. D. de duobus reis, & de correis testamento factis.

SVMMARIVM.

1 *Faber aquitatem juris aut odit, aut ignorare vult.*
2 *Conjectura sua.*
3 *Rescitur.*
4 *Non obstat l.sine à certis D.de duobus reis, cui satisfacimus.*
5 *Sed aliter alij.*
6 *Emendandus Pomponius in l.turpia §.fin. D. de leg. 1.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Legata ab haredibus regulariter præstanda, & pro portione hareditaria.*
9 *Quid dicendum si quæstio sit inter haredem, & fideicommissarium circa legatorum solutionem.*
10 *Quid quando pars cohæredis accrescit cohæredi.*

1 EN *Faber* iuris in quo versatur immemor non recogitans artem æqui, & boni illud esse; dum non aliam ob causam in hoc capite *Triboniano* potiùs, quam *Caio* tribuit, quod dicitur in *l.id quod 15.D.de duobus reis* à vers. *Sed dicendum*, nisi quia æquitatem potiùs sapit, quam

quam iuris strictam rationem, sed si ita credidit ita nos quoque credituros sibi persuaserit videamus quibus argumentis.

2 Ait ipse in quæstione, utrum qood à pluribus hæredibus legatum est, ab illis pro vitili, an pro portione hæreditaria præstandum sit, inter Juris Consultos dissensionem fuiße, in quo ita quoque opinatum sequitur *Ronchegalium in tract. de duobus reis ad l. sivè à certis* 17. *num.* 1.

3 Sed hanc assertionem falsam esse ex eo cōstat quod ijdem J.C. (quidquid Interpretes postea commenti fuerint) distinguebant utrum ab hæredibus, proprio nomine vocatis, an verò, appellativo legatum fuisset exem. gr. utrum dictum à testatore ità fuerit *Titi, Caj, Mevi, mille, Sempronio* datu, an verò, ità, *hæredes mei mille Sempronio dato*, & primo casu pro virili debere hæredes legatum dicebant, quia nominatim eos testator gravavit, & ad personas potiùs, quam ad hæreditarias portiones inspexit ut *Neratius* ratiocinatur *in l. heredes* 124. *D. de legat.* 1. Secundo casu non ità, nam uti hæredes præstare voluit, ideoque pro parte hæreditatia unumquemq; præstaturum legatum, idem *Neratius* docet, & *Papinian.* qui ita post *Julianum* monet in *l. nonnunquam* 24. *D. ad Trebell.*

4 Ab hac autem doctrina non dissensisse, ut auttumaot *Paulum* ex eo dignoscitur, nam quod ille respondet in *l. sivè à certis* 17. *D. de duobus reis* pertinet ad secundum distinctionis caput, & ad speciem illam in qua ab hæredibus sub nomine appellativo fuerit legatum, ut *Accursius, & Bartolus*, alijque rectissimè observarunt; illud enim à *certis personis nominatim* non aliud significat, quàm à quibusdam ex hæredibus nominatim, sed cū qualitate hæreditaria legatum fuisse, ex. gr. dictum Titi hæres meus, Sej, hæres meus centum dato Sempronio, undè illud *nominatim* exponendum est *expressim, signanter, peculiariter*, & hoc sanè etiam sequentia convincunt *sive ab omnibus excepto aliquo*, nam cum hæc verba comprehendāt casum in quo ità fuerit legatum *ab omnibus heredibus meis excepto Titio, centum Sempronio do, lego*, undè ab hæredibus sub qualitate hæreditaria legatum est, oportet ut in priori specie, quę cum ista comparatur idem evenisse ponamus.

5 Scio ego esse nonnullos, qui alitèr explicēt *Paulum*, & cum *Pomponio in l. turpia* §. *fin. D. de leg.* 1. concordem faciant: at mihi ita vide-

6 tur explicandus, ut omnimodo dissentionis asserendę, omnis ansa auferatur. Cæterum *Pōponij* lectionem corruptam existimo, ideoque emendandam scripsi in *Suspicionum libris*. Si mea explicatio non satisfacit sequatur qui volet aliorum sententias, prout magis sibi

arridebit, retulère illas *Onezius obser. cap.* 8. *& Genoa de passeribus in conciliationibus suis*.

7 Insuper, & ab *Onezij, & Genuę* adducta relatione, cognoscet hanc inter Juris Consultos dissensionem, de qua nos cum *Fabro* egimus non ignoratam veteribus quoque *Repetētibus* fuisse, qoi pluribus modis conciliare rentatarūt, aut cum *Accursio in l. sivè à certis vers. pro hæreditarijs D. de duobus reis*, aut cū *Odofredo in l. si hæredes D. de leg.* 1. aut cum *Jasone in l. turpia* §. *fin. D. de leg.* 1. aut cum alijs, ut in eorum commentarijs ad proposita responsa videre est, sicut & *Pragmaticorum* plerique, qui, & ipsi etiam pro conciliatione laboraverunt quos inter *Laderchus consil.* 18.

8 Ad hæc circa materiam præstandorum legatorum Nostri Regulam generalem statuunt, & volunt præstanda ea ab hæredibus esse, & pro portionibus hæreditarijs, nisi alitèr testator expresßè caverit, ut explicat disertè, ut solet Cardinalis *Mantica lib.* 8. *conject. ult. volunt. tit.* 2. *à n.* 5.

9 At si non inter ipsos cohæredes circà solvendas legatarijs quantitates legatas; sed intèr hæredem ipsum gravatum, & fideicōmissarium foret disputatio, tunc distinguendum censuit *Peregrinus de fideicommissis artic.* 5. *à num.* 17. & investigandum à quonam testator legata præstari voluerit? tamen si id non fuerit expressum, sed neque conjectoris eliei possit, præsumptionem contrà hæredem esse, semperque extendendum testatorem voluisse hæredem legata prestare, concludit quod latiùs, de more ampliat, & limitat *Fusarius de substitutionibus quæst.* 521.

10 Quod si pars cohæredis ad cohæredem jure accrescendi pervenerit, teneri non tantum portionem legati ad illum spectantem solvere; sed debere legata à cohærede nominatim relicta præstare, adnotant cum *Bellono de jure accrescendi cap.* 9. *q.* 18. Nostri omnes.



CAPUT XX.

Omissa cedendarum exceptione, an locus condictioni, & retinetur recepta lectio in l. 2. C. de fidejuss. tut. in l. penult. D. eod. in l. ult. C. de const. pecun.

SUMMARIUM.

1 *Faber sibi contradicit.*

2 *Qui per errorem omisit opponere cedendarum*

exceptionem dignus est quod ei per condictionem succurratur.

3 *Probatur hae assertio ex l.heres 2. D. ad Trebellianum.*

4 *Emendationes Fabri reiciuntur.*

5 *Pragmatici post interpretes concedunt condictionem.*

6 *Id quod verũ esse ex l.Regulis Olea confirmat.*

7 *Habẽs causa meliorationum retentionem, si illas opposita exceptione non deduxerit poterit rem traditam ex errore, condicere.*

1 F*Aber*, noster, qui non competere correo cedendarum actionùm exceptionem in prioribus voluit, nùnc fatetur competere, dũ quærit, an ea omissa, locus sit condictioni? atque ità, ut alijs adversetur, & ut adversùs juris Responsa, & Cõstitutiones disputet, parùm curat sibimetipsi adversari, seipsum destruere.

2 Itaq; si cedendarum exceptionẽ competẽtem, per errorem tamen qui solvit opponere omisit succurrendum esse ei, qui quod non debebat solvit, æquissimum erit, & proinde competere condictionem non improbabilitèr quis dixerit, præsertim cum *Glossam* pro se habeat à *Bartolo*, cæterisque probatam ad *l.eum is D.de fideiuss.* ut *Faber num.* 1. fatetur.

3 Neq; obscurè pro huiusmodi sententia facere videtur tex. in *l.heres* 21. *D. ad Trebell.* in cuius specie, hæredi succurritur, qui per errorem integram hæreditatem non retenta falcidia restituit; etenim minimè verum est, quod *Faber* prætexit, errasse in factum potiùs quàm in iure ibi hæredem, ideòque ei succursum; sanè ibi Regula generalitèr proponitur, & ex ea proposita species deciditur reducendo hanc ad generalem definitionem à *Pomponio, & Aristone* traditam, ibi *similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones quas solas habent omittunt.*

4 Denique suavis est *Faber* dum in *l. penultima D. de fideiuss. tutorum* receptæ lectioni adijcit dictionem illam *diversa*, legitque *cum diversa species*; quando ea satis, superque subintelligitur. Suavior est dum in *l.vult. C. de fideiuss.* nos vult dispungere verba illa in principio (*& solvente*) eo prætextu quod inanem, & ridiculam faciant eius loci sententiam: non videns, quod Imperatores tanquam certam exploratamque sententiam illam assumunt, ideòque fatentur non esse ambigui iuris, neq; advertens quod è cõtrario detracta dictione *solvente* quod certum ambigui juris fieret, & quod exploratum, non tale.

5 At Qui in foro sunt si cedendarum actionum exceptionem quam quis habebat per errorem opponere omisit, solvitque, ad hoc ut solutum possit repetere remedio aliquo ei succurrendum esse, clamant post *Glossam in l.cum his D.de fideiuss. Greg. Lopez ad partitas Hispaniar. lib.* 1 r. *tit.* 22. *p.* 5. *col.* 2. & alios cum quibus *Olea de cessione jur. tit.* 5.
6 *q.*4.*n.*45. qui & *Fabra* hic Respondet, Quod satis ex juris Regulis, quæ extant in *l. qui exceptione* 4. *D.de cond.indeb. & in l. Marcellus de fideiuss.* edocemur eum, qui exceptione perpetua tutus solvit tanquàm indebitum Repetere posse; ideò que ex hoc rectè concludi quod is qui exceptionem cedendarum opponere per errorem omisit, dignus est ut ei aliquo remedio succurratur.

7 Nèe desunt exempla apud *Pragamaticos*, in quibus id ipsum admissum fuisse appareat; nàm cum in iure cautum esset, ut is, qui rem possessam meliorẽ fecit, possit adversùs vindicantem retentionem pro melioramentis opponere, si tamèn non opposuerit; Sed ex errore tradiderit, fundum tanquam indebitè tradidisse repetere cum posse admissum est iuxta *Arismini Tepata* sententiam, quam allata *l. qui exceptionem* §. *si pars l. si quis* 39. *D. de cond.indeb. l. quod si nulla D.de leg.* 1. firmãt *Garzia de expensis c.* 7. *nu.* 6. *& noster Olea* ubi suprà.

L. D. Finis Libri Vndecimi.



D. HIE-

D. HIERONYMI BORGIÆ J.C.

INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER DUODECIMUS.

CAPUT I.

De debiti divisione, an, & quando inducatur, asseritur Papiniano text. in l.inter eos 51.§.1.D. de fideiuss.

SUMMARIUM.

1 *Assertio Fabriana non vera.*
2 *Fabri coniectura de §.1. l inter 51. D.de fideiussoribus.*
3 *Explanatur prima part §.*
4 *Item & secunda pars.*
5 *Defenditur, & asseritur Papiniano tertia part §.*
6 *Pragmaticorum sententia.*
7 *Notatur Ursillus.*
8 *Quando ex pluribus Reis quidam non sunt validè obligati non inducitur divisio.*
9 *Inepta Ursilli adnotatio.*

1 SI verum esset quod *Faber* in præsenti scribit *nu.* 2. nunquàm actionis divisionem præsumi ex partis petitione, vel solutione; nèc si suo nomine se solvere Correus, aut cõfideiussor dixerit, nisi petitio, vel solutio ad partem eius dumtaxat, qui solvit, vel convenitur (non tantum tacitè fortassis exsolutæ, vel petitæ quantitatis cum virili comparatione facta) sed expressim, disertisq; verbis referatur, idque probari in *l. si ex toto* 8.§.1.*D. de legatis* 1.*in l. ille, aut ille* 25. *D. de leg.* 3. *in l. si creditoris* 18.C. *de pactis*, si inquam id verũ, an non vana, & futilis Nostrorum cautela passim admissa ut protestetur creditor, qui partem petit, aut accipit, nolle se actionem dividere, & tamẽ à *Fabro* hæc cautela uti necessaria probatur *num.* 12. ne locus dubitationi relinquatur; igitur non certum, & exploratum in iure quod ipse asserebat de divisione nunquam inducenda, nisi expressim creditor id egerit; sed potiùs è contrà exploratum certumve ut plurimum præsumi divisionem factã ab eo qui partem petit, aut recepit; ideòque protestatione opus esse, nisi dicere velimus hanc protestationis cautelam relinquendam esse timidis, superstitiosisque *Pragmaticis*.

2 Sed longè gravius errat *Faber* in exponendo §.1.*l. inter eos* 51. *D. de fidejuss.* nàm illum & ma-

mala interpretatione subvertit, & pessima coniectura à *Papiniano* abdicat, in verbis illis postremis: *sed humanius est*, &c. nam integra illa *Tribon.* appingenda, nedū malam adversariamque superioribus continere sententiam exclamat: id autem ut an verum sit investigemus, per singulas §. partes discurramus.

3 Et in prima parte scriptum est, fideiussor, qui partem pecuniæ suo nomine, vel rei promittendi solvit, quominùs residui, divisione facta, portionis iudicium accipiat recusare non debet: atque ita generalis quædam proposita est Regula, qua firmatum fideiussorē, vel reum, qui divisione facta, pro portione suæ partis cæpit solvere, non posse deindè, quin residuum ipsius portionis solvat recusare. In his observandum erit, quod Regula de residuo portionis, non de residuo totius debiti loquitur, unde labi dignoscitur tum *Faber*, tū *Interpretes* omnes qui *Papinianum* de toto debito loqui dixere, cum tamen verba apertissima sint ibi, (*portionis iudicium accipiat.*) Nam alioquin hæc dispungenda forent, & scribendū *totius debiti*, aut *solidi* iudiciū accipiat; Apta etiam, & ratio est; quæ cōvincit ita Regulam proposuisse J. Cōsultum, & de residuo partis fuisse loquutum, nam divisio facta proponebatur, ibi, *divisione facta*, & proindè dici amplius nō poterat quod oporteret fideiussorē, aut reū teneri de toto debito cum illo iam diviso non amplius quam partem deberent sibi obventam. Fefellit autē Interpretes, nō solum quod sequitur apud eumdem *Papinianum* in eodem §. Sed etiam quia parùm dubitationis hoc, quod exprimitur 1. *parte tex.* habere videretur: Quis enim unquam dubitabit, quòd reus, qui debitum cæpit solvere pro portione sua divisione iàm facta, frustrà deindè recusat residuum portionis creditori inferre? At animadvertère *Interpretes* debuissent, primò quod *Papinianus*, ut solent J. Cons. gradatim procedebat, & ab Re minùs dubitabili ad magis dubitabilē transitat. Secundo quod habere poterat etiam suam dubitationem proposita Regula. Nam finge Titium, Caium, Sempronium, & Mævium Correos, aut Confideiussores in centum acceptos: finge deindè creditorem omnes convenisse; sed unumquemque pro sua portione, idest pro vigintiquinque, finge Titium statim bonam fidem sequutum sua vigintiquinque Creditori intulisse, cum cæteris tādem litem cōtestatā esse: ex qua apparuerit postmodū Semproniū solvēdo nō esse, ideòq; distribuendū inter reliquos Sempronij debitum, & unumquemq; nō tàm ad vigintiquinq; quā ad triginta tres teneri, an nō digna *Papiniano* hæc quæstio erit, utrum urgeri Titius possit ad reliqum, utrum cogatur residui iudicium accipere; quàvis iam divisione facta, ipse quod debebat exsolverit? digna planè, sicut & Juris Consulto *Papin.* digna conclusio, recusare eum, quominùs residui portionis iudicium accipiat non debere.

4 Sequitur in eodem §. *eam enim quantitatem inter eos, qui solvendo sunt, dividi convenit, quam litis tempore singuli debent.* in his verbis ratio affertur eius, quod paulò ante dictum fuerat, firmaturque eos qui solvendo sunt debere etiam quantitatem ab illo debitam contestationis tempore qui solvendo non esse, repertus est, unde concluditur recusare non debere Titium in proposito solutionem, quoniàm unusquisque non solum partem suam debet, sed etiam quamvis divisio facta sit, partem portionis debitæ ab eo, qui non solvendo apparuerit.

5 Tandèm *Papinianus* adiicit, *sed humanius est si & alter solvendo sit litis contestationis tempore per exceptionem ei, qui solvit succurri*, in his non destruitur prior sententia; sed explicatur quod proxime dictum est, nempè quod singuli eam quantitatē contestationis tēpore qui solvendo sunt debent divisim; namq; cum quis ex dicta assertione deducere hoc posset. Si qui solvendo sunt debent singulorum partes; Ergo qui eorum solvit partem suam poterit, & ad partem alterius solvendam adigi, quia & illam etiam debet; adiecit J. Consultus, quod & si deductio vera, attamen tunc posse in praxi recipi cum reliqui sunt non solvendo; alioquin existentibus solvendo unusquisque eorū qui singulorum partes debet exceptionem habebit ne ad solvendum adigatur. Cæterùm huiusmodi animadversio & si potiùs *Papiniani* esse quam *Triboniani* ex eo videtur quia exceptionē profert qua succurri velit, siquidem *Tribon.* qui non adeo scrupulosus simpliciter non teneri sociū dixisset; cuiuscumq; tamen sit, optima est, & prioribus cohærens. Quamquā non per eā probetur quod plerique credunt, & malè, ob partis petitionem, & solutionem fieri divisionem, nam in textu specialitèr, & expresse antè solutionem factam divisionem indicant verba *divisione facta*.

6 Sed *Pragmaticos* nunc audiamus. Hi quicquid sibi velint *Repetentes*, qui variè, nèc una distinctione adhibita in hac materia loquuntur. Primò dicunt, quod si creditor convenerit in iudicio unum ex pluribus Correis, aut fideiussoribus pro parte illius dumtaxàt, aut si solutionem extraiudicialem ab uno suæ partis debiti receperit, si æquè solvendo sunt alij, iàm divisisse creditum existimandū erit; ideòque reliquos pro parte virili dūtaxàt posse convenire, nō amplius in solidum firmant cum *Afflicto in decis. 142. nostro Fabro in Codice sub tit. de fideiuss. definit. prima Tomingio decis. 47. Cavalcano decis. 30. par. 2. nu. 16.*

num. 16. aliisque ab Addenribus ad *Afflictum* loco citato adductis.

7 Et quanquàm *Vrsillus* ibidem nõnulla intervenisse voluit, ad hoc ut huiusmodi divisioni locus foret; attamen quæ requirebat extranea prorsus sunt ad rem de qua agimus, nã com quæstio sit, si petat creditor, aut recipiat simpliciter, & nilaliud expresso; si proponatur illũ petiisse, & recepisse facta expressa protestatione se partē recipere salvo iure solidi, aut sine præiudicio solidi, tunc nemo dubitabit, quod locus quæstioni esse non possit, sicuti si de usuris tractaretur, aut de creditore petente, aut recipiente plus, minusve ea parte, quam debet is, qui solvit, aut convenitur, ut aliàs diximus.

8 Secundò, & illud adnotant Nostri, quod si ex duobus reis alter foret validè obligatus, alter non item, tùnc creditor, qui partem petiit, & recepit a debitore validè obligato poterit, & reliquum ab eodem petere ex notatis in *l. siquidem D. de transact. & a Marsil. singul.* 115. an autem idem dicendum sit si unus ex reis alterius fuerit fori, & an coram diversis Iudicibus convenire diversos reos possit aut cogatur creditor, Videas apud *Menochium in casu* 471. *nu.* 14. *& Guid. Papam decis.* 421. *&* 443. At si nonnisi unus reus debendi fuerit posse creditorem postquam partem petiit, & recepit, reliquum crediti ab eodem petere *Vrsillus* adnotat *n.* 39. quasi quod iustè de hoc dubitari posset.



CAPVT II.

An confessio, pactumque cedentis noceat cessionario ad l. 1. C. de act. & obligat.

SVMMARIVM.

1 *Facta cessione nominis adhùc cedens potest cum debitore cesso pacisci, & ab eo exigere si ille cessionem ignoret.*

2 *Cessionarius cui nomen in solutum datum duplicem habet actionem directam, & utilem.*

3 *Faber utilem actionem non dat nisi per cessionem cessionarius directam non acquisierit.*

4 *Vtilis actio pertinet ad cessionarium ex Constitutionibus Imperatorum.*

5 *Non potest cedens nocere cessionario.*

6 *Quid Nostri in præsenti quæstione.*

7 *Facta cessione actionis directa non habet cedens cum quo agat, nam caret actione, & facultate experiundi adversus debitorem.*

8 *Cessionarius duplicem habens actionem, nempè directam ex persona cedentis, utilem ex propria, poterit qua velit uti.*

1 Facta simpliciter nominis cessione, posse nihilominùs creditorē cũ debitore ignorante pacisci, atque eundem si opus erit convenire, & ad solutionem urgere indubitari iuris est ex *l.* 3. *C. de novat. l. si cum emptore* 16. *de pactis*, & concordantibus, at si non ignorans, sed sciens fuerit debitor de suo nomine alteri cesso, distingui solet, & rectè, an simpliciter ut supra cessus, & solutionis gratia, an verò in solutum datus fuerit; nos de priore casu dicemus infra, nùnc de posteriore cum *Fabro* agere oportet.

2 Si cui igitur nomen debitoris in solutum fuerit datũ is duplici actione experiri poterit scil. directa, & utili; at directa non aliter quàm si sibi fuerit cessa à creditore, aut litē cõtestatus, aut saltē fuerit superstes hæres creditoris à quo obtineat: Utili vero quia eam ex propria habet persona, experiri sēper poterit, citrà cessionem, ut cautum in *l. fin. C. quando fiscus, vel privatus.* Hinc quod in *l.* 1. *C. de oblig. & actionib.* scriptum est, *data certa pecuniæ quantitate ei, cujus meministi invicem debiti actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam, & antequam eo nomine litem contestareris sine hærede creditorem fati munus implesse proponis: Quæ si ita sunt, utilis actio tibi competit*, non sic debet accipi, ut significet quod ideò competat utilis actio, quia nulla directa superest, quæ cedi possit, aut nemo adest qui cedat, nàm ut dixi si & qui cedat adsit, & actio directa, adhùc utilis competitura est cessionario, cui ex propria persona illa competit, ut scriptum est in *d. l. fin. D. de act. & oblig.* & passim sed ità accipiendum erit, ut ostendat in proposita specie Rescripsisse Valeriē *Imperatores* non esse ei amplius de directa actione sperandum; sed utili tantùm uti debere.

3 Ex his autem ostenditur evidentissimè falli *Fabrum* in præsenti, & falli eos omnes, qui utilem actionem dandam non aliter voluère quàm si directam consequi solvens non possit contrà iuris Regulas, & contrà id, quod apertis verbis *Alexander* Rescribit in *l. emptor* 5. *C. de hæred. vel act. vend.* ibi, *emptor hæreditatis actionib. mandatis eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hæreditarias actiones emptori tribui placuit*, quod & in legatario etiam scriptum fuerat in *l. ex legato* 18. *C. de legatis.* Hinc diversam in hoc emptoris conditionem à conditione eius, cui in solutum datum nomen fuit existimandum est, si potiùs *Dioclet. & Maximil. in l. ex nominis*

minis 8. C. *de hared. vel actio vendita*, & Jutis Consultis, qui passim cum emptore coniungũt hunc nominis cessionarium, quam *Fabro num*.4. fides erit habenda.

4 Cæterum cum huiusmodi utilis actio quã ei cui nomen in solutum datum est concedimus nam & hic loco emptoris est, & cõcedimu,squoque legatario nominis, & similibus, non ex simplici venditione, legato, aut in solutum datione, sed ut rectissimè observat *Bachovins disput*.4. *de actionib. Thesi* 3. *ex* Constit. Principum, & Rescriptis descendit, ut ostendunt verba *l*. 1. *C. de hared. vend.* ibi, *utiles act. tribui placuit l*.7.*C.eodem*, ibi, *visum est utiles dandas actiones*, *l*.8.*C.eodem*, ibi, *utilis secundùm ea, quæ pridem constituta sunt tribuitur l*.2.*C.de action. & obligat*. ibi, *utilem actionem dari oportere sæpè rescriptum est*, & quod *D.Pium* primum fecisse dicitur in *l. si cum emptore* 16.*de pactis*, sequitur evidentissimè, quod cum hæc Rescripta, & Constir. Imperatoriæ loquantur peculiaritèr de nominis in solutum datione, ut in *l*.1. *C.de act. & obligat*. etiam dato quod aliqua foret differentia inter huiusmodi cessionem, seu in solutum dationem, & venditionem nominis, vel hæreditatis, adhùc non rectè *Faber* argumentaretur, & utilem actionem denegaret quam Imperatores expressè concessere.

5 Ex his autem, & alijs, quæ dicturi sumus ostenditur verissimum esse, quod & nos concedimus, non posse cedentem nocere cessionario, scil. non posse eum debitore, cuius nomen insolutum iàm dedit pacisci, aut cum eo agere, aut trãsigere, modo is debitor in solutum dationem sciverit, ut latiùs in sequẽtibus explicabimus, quicquid alij commenti sint; nam revera sicut dolendum, ità ingenuè fatendum est, quod tractatus hic, de quo nos cum *Fabro*, confusè admodum à Nostris explicatus extiterit, & magnis cõtentionibus agitatus, tum in Scholis, tum etiam in Foro, in quo variè, & variè receptus, quamquam novissimè magnam lucem ei attulerit, & plura optimè ad rem digesserit *Doctissimus Alphonsus Olea* in suo libro *de Cessione Jurium* à quo & nos quæ de cessione adnotanda, transferemus, hic in sequentibus capitulis.

6 Nunc autem observandum primò, quod si quætas. Quam actionem cessionarius habiturus sit, & an actio ulla penès cedentem remaneat? Respondent Nostri iuxtà ea, quæ dicebamus, quod qui nomen insolutum accepit, duplicem actionem habebit directam ex cedentis persona si tamen ei fuit cessa, utilem vero ex propria persona; & Rursus adiicient ita esse, dummodò is, qui insolutum dedit actionem directam habuisset. Nam si tantummodò utilem actionem habebat, & si centies cederet, non aliud, quàm utilem actionem cedet: & proindè de directa actione tractandum non erit.

7 Secundò observandum quod quoties facta nominis insolutum datione actio fuerit cessa quoque directa, frustra quæreretur, an post dictam cessionem exigere cedens à debitore possit, siquidem actionem nullam habere, qua experiatur supponitur, obstetque apertissimè carentia actionis, ut advertunt *Sfortia Odus ad l*.3.*de novat. quæst*.3.*art*.3.*Trentacinquius resolut*.14. *Galleratus de renunciatione cap*.4.*num*.82.*Carlevalius de judic. disput*. 26.*nu*.2. *Acosta de privil.cred.regula* 3.*ampliat*.4.*n*.35. *Marius Muta decis*.96. *num*.5. *Cancerius* 2.*par.variarum cap*.26. *n*.125. *Fontanella de pactis nuptialibus Glossa* 8. *claus*.5.*par*. 15.*nu*.46. & proindè in his terminis non cadit quæstio an cedens possit nocere cessionario.

8 Tertiò observandum actionem utilem habiturum eum, qui insulutum nomen accepit, *Pragmaticos* omnes velle ex tex. in *l. nominibus C. de act. & oblig. in l. in solutum* 5.*C.quando fiscus*, *&c.* & concordantibus ut advertit *Consil.Hodierna ad Surdum decis*.113.*num*.11. unde sequitur, quod quoties ut dictum est duplicẽ habet cessionarius actionem, possit alterutra pro arbitrio uti: & si utili actione experiri non valeat, valebit directa cedentis nomine agere, quod adnotat *Puteus decis*.48.& 59.*lib*.2.



CAPVT III.

An prosit indistinctè solutio facta cedenti à debitore, qui cessionem sciverit; sed non ab ipso cessionario.

SVMMARIVM.

1 *Vetus quæstio an debitor cessus qui notitiam habuit, sed non à cessionario, possit adhùc cedenti solvere.*
2 *Faber in eorum sententia videtur esse qui affirment.*
3 *Fundamentum prædicta sententia ex iuris disposit.*
4 *Subvertitur.*
5 *Fundamentum ex æquitatis consideratione.*
6 *Reicitur.*
7 *Quid Pragmatici.*
8 *Revera Faber in quadam media sententia est.*

1 Ve-

1 VEtus quæstio hæc est, utrum si debitor, qui notitiam cessionis habuit, sed non ab ipso cessionario, solvendo postea cedenti liberetur, & sunt in ea qui affirment liberari, neq; notitiam habitam nocere; post *Gloss. in l. nomen ad ver. certior C. quares pign. oblig. pos.* sunt qui negent cum eadem *Glossa in l. fin. D. de transact.* & cum *Bartolo in d. l. si nomen.* Denique sunt qui distinguant cum *Jacobo de Aretio*, quod magis communitèr receptum, videre est apud *Neguzantium de pignorib. 3. membro 2. p. n. 27.*

2 *Faber* pro prima sententia videtur stare in hoc capite, dũ contendit, quod & si aliundè debitor sciverit cessionem factam possit adhùc, cedenti soluere, Undè primò verba illa (*nondum certior à te factus*) *in l. nomen 4. C. quares* ponderat desumitque ab illis Imperatorem requirere, ut debitor de cessione certior factus fuerit ab eodem cessionario. Sed qui in contrarium sentit poterit ad *Fabrianum* argumentum Respondere quod movere nos non debet; Siquidem loquutus est ità *Alexander*, ut notitiam cessionis à debitore excluderet, explicatetque ea quę dixerat procedere, si scientiam cessionis non habuit: nõ ut illam scientiam ab ipso cessionatio habendam esse decideret quod fecisset si proposita fuisset species de debitore sciente, & in ea Rescripsisset cessionario Imperator *nondum certior a te factus*.

9 Urget secundò *Faber*, & adducit ut ipse jactat, & juris, & æquitatis rationem, juris quidem: quia negari non potest, quin etiam post cessione remaneat Creditor is, qui cesit, nam penès ipsum sunt ejusve ossibus infixę di-
4 rectę actiones: At hoc argumentum ex genere illotum est quæ nihil probant, quia nimiũ probat si .n. valeret, ita dici. Concludes etiã post denunciationem, & ab ipsomet cessionario factam debitori, adhùc posse Cedentem à debitore exigere, & liberare, nam adhùc directas retinet actiones, Creditorque remanet; & tamèn hoc neq; ipse *Fab.* admittit; igitur, & si verùm quod actio directa remaneat, attamen ideo provisũ, ut inhibita, & elisa remaneat, hoc autẽ quod nõ cõmodiùs fieri potuit, quam constituto quodammodò in mala fide debitore, eique data scientia, & quodãmodò inhibito solvere, ut ità inutilis actio penes ipsum remansa evaderet, ut ex iuribus in *l. 3. C. de novat. l. heres 21. D. ad Trebell. l. aliud 116. D. de solut.* id autem ut eveniat, & sciat debitor cessionem, parum refert quod notitiam ejus ab ipsomet cedente an vero à quocunque alio habuerit.

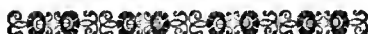
5 Æquitatis vero, pergit *Faber*, ea facit ratio, quod probabiliter ignorare possit debitor, an cessionarius uti velit cessione. Sed insulsa hęc ratio est, tùm quia credendum usurũ diligẽtẽ patrem familias ea cessione, quam sibi fieri curavit, ni perfunctoriè, & vanè res agere suas velimus, tùm quia in hoc casu; cum debitor non possit unum, aut alterũ affirmare & est in dubio utrũ velit, vel nolit cessione uti cessionarius, non debet contra ea, quæ frequentiùs accidunt propensior in negativa esse, & præsumere non usurum cum potiùs usurum existimare debeat. sed hæc nos adversus *Fabri* commenta dixisse sufficiat, si quis alia, & forsan meliora velit adeat *Osualdum* in notatis ad *Donellum 15. comment. c. 23. lit. N.*

6 Cæterum *Pragmatici* cum cessio sit secundum distinctionem, de qua infrà. Et ipsi quoque disquirunt qualis esse debeat ejusdem notitia in debitore cesso, propter quã solvere Creditori cedenti inhibeatur, & per quàm cedens neque exactione, nèq; confessione præjudicium cessionario inferẽdi jus habeat; & plerique eorum rem decisam existimant in citata *l. 3. C. de novat.* ideòque unum ex tribus ibidèm requisitis intervenisse exigunt, ut amplius jus exigendi cedenti non sit, & cessionis habuisse scientiam debitor cessus, securè pronunciarì possit; atque ita passim scribunt quamquam alij, ut & nos, supra undequaque allata notitia cessionis debitori cesso, inhibere eum posse velint ne ampliùs solvat cedenti, aut cum eo paciscatur sequuri *Fachineum 3. contr. cap. 94. Donellum, & Osualdum 3. comment. c. 53. Schifordegerum lib. 3. tract. 23. qu. 10. & similes, Neotericos.* Item *Carlevalium de judicijs disp. 26. n. 8. Galleratũ de renunciatione lib. 1. c. 4. nu. 86. Intriglolum cons. 18. n. 29. & lib. 1. dec. 15. n. 67. Cencium de censibus q. 109. n. 35.* horum tamen sententia à primis reiicitur, & magis communitèr parum tuta existimatur *à Trentacinquio resolut. 14. & resol. 29. Neguzant. membro 3. n. 26. Feliciano de censibus tom. 2. lib. 4. cap. unico Gaito de Credito c. 2. tit. 3. n. 457. Sforziaoddo ad d. l. 3. C. de novat. q. 3. art. 2. Ozascho dec. Pedem. 45. Cappella Tholos. q. 119. Rota Aven. dec. 99. additione ad Puteum dec. 149. lib. 1.*

7 Pendet ergo adhùc quæstio, & utraq; sententia probabilis est, suntque pro utraq; parte *Interpretes, & Pragmat.* non infimi nominis, desumenda tamèn meo judicio veritas foret à disquisitione alterius quæstionis, an scilicet, ut cessum nomen in mala fide constituatur sola scientia sufficiat, an verò scientia, sed sollemnitèr data iuxtà requisita in *l. 3.* opus sit.

8 Denique, & si ut dixi videatur *Faber* voluisse, quod non sufficiat debitorem scientiã aliunde quam à cedente habuisse, attamen ex his, quæ hic asserit *num. 4.* videtur esse in tertia quadam sententia, & cum prima non admittere notitiam undequaque habitam, & cum secunda credere opus non esse quod unũ

interveniat ex tribus requisitis, de quib. in *l.* 3. sed sufficere, quod cessionarius ipse cessionis sibi factæ debitorem certiorē reddat, quod & *Schifordegerus* contendit *d. lib.* 3. *qu.* 11. in specie nominis pignori dati, cuius cessionis utilitatem, cessionarij esse existimat, quod tamèn non placuit posteà *Olea de cessione jurium tract.* 8. *quæst.* 11. unde refellere conatur sub *num.* 15.



CAPVT IV.

An, & in quibus casibus etiam post cessionem agere possit cedens: afferuntur I. C. verba l. 27. §. ult. D. de procurat.

SVMMARIVM.

1 *In hac quæstione utendum Bartoli distinctione.*
2 *Sed dummodo sciens fuerit debitor cessus.*
3 *Fabriana coniectura quod §. ult. l. 27. fuerit à Triboniano interpolatus, reiicitur.*
4 *Bartoli distinctioni tertium membrum addidit Baldus.*
5 *Sed non rectè.*
6 *An distinctio prædicta sit omninò necessaria in quæstione de qua agimus, sunt qui affirmant, sunt qui negant.*
7 *Alij tertiam quandam sententiam promovent.*
8 *Quæ clausula in cessione elidant actiones directas remansas penes cedentem.*
9 *Hoc faciet vel sola clausola ponens, & constituens cessionarium procuratorem &c.*
10 *De confessione cedentis an noceat.*

1 SI quæstio generalitèr proponatur, utrùm etiam post cessionem agere cedens possit adversùs nomen cessum, & an validè egetit, & efficacitèr, *Bartoli* distinctio, quæ non mala est, nec mutila omninò admittenda videtur, quippè quæ & si concedamus quodfacta cessione semper actiones directas manebunt penès cedentem, adhùc vera erit, quia adhùc verum, quod si cessio facta ad cessionatij commodum, eiusq; periculum proponatur, habiturus erit debitor sciens, factæ cessionis exceptionem adversus agentem, qui cesserat, qua uti possit, ut *Bartolus in l. facta* 63. §. *si heres D. ad Trebell.* adnotavit, & communitèr receptum restatur *Rouchegalius ad l.* 3 *nu.* 69 *D. de duobus reis.* quod sanè verum esse probatur, tùm exemplo ductu à tex. in *l. pupilli* 6. §. *videamus D. de negotijs gestis*, & à *l. si cum emptore* 16. *de pactis*, tū etiam à *l. ex causa* §. *fin. l. Procurator meus l. Procuratore in rem suam D. de Procuratoribus.*

2 Sed hæc (quicquid *Faber* existimet) locum habebunt, ut toties diximus, dummodo scientiam cessionis in debitore supponamus, nam alioquin si ignotaus ille fuetit, & omninò ignotans, quamquam cessio ad cessionarij cōmodum facta sit, id non obstante, posse cedentem, apud quem directæ sunt actiones, & nequaquà inhibitæ, aut elisæ ob scientiam debitoris cessi, sed integrę propter eius ignorantiam; etiam post factam cessionem illis experiri, & agere; adeòque solutionem recipere, & debitorem liberare. Neq; obstabit quod in *l. in causæ* 27. §. *ult.* & *l. sequ. D. de Procurat.* scriptum legimus; nàm citra ea, quæ *Faber* hic *n.* 7. adnotat, advertendum erit, quod ibi debitor, sive is, in cuius damnum commissa stipulatio fuerat, sciens supponitur ut vel ex eo ita fuisse patet, quod Procuratorē uri Procuratorem intervenire viderat, & admiserat. est itaque in *dicta l.* species similis illæ de debitore sciente cessionem, non illæ de debitore ignorante, de quo nos agimus. Rursùs confirmat etiam nostram expositionem, & quod sciens supponatur conventus, etiam illud quod exceptione doli uti eum posse dicat I. Cons.; nam hac sanè opus non esset, si ignorans proponeretur, & quæso de ignotante, quod non proposuerit exceptionem quam habere ignorat: dum cessionem ignorat quis unquam quæri poterit?

3 Fallitur quoque *Faber*, quoniam postrema verba §. *ultimi dictæ legis* 27. potiùs *Triboniani*, quàm Juris Consulti esse dicit, & tamen dicti idoneam nullam affert rationem nā illa quam *de ablativo absoluto* comminiscitur; fallax admodùm est, & in præsenti falsa; dum clausula *directa actio penitùs tollenda* regitur à verbo *erit* supra posito, unde in ea continuatur præcedens sermo *tamèn domino erit danda utilis ex stipulatu, & directa penitùs tollenda*, idest & *directa penitùs tollenda erit.*

Altera vero ratio, quam *num.* 11. prætexit, quod fieri non possit, ut directa actio penitùs tollatur, captiosa est, & mentem *Vlpiani* invertēs, qui satis seipsum in *l.* sequenti declarat aperitque quomodò penitùs tolli possit actio per exceptionem oppositam. Ex hoc autem potiùs gratias *Tribon.* agemus, qui videns propositionem *Vlpiani* posse in deteriorem partem accipi, & *Fabrianam* prævidens Obiectionem adiecto Responso ex *lib.* 1. *disputationum* ubi apertiùs rem tractaverat, fecit ut se ipsum *Vlpianus* declararet.

4 Sed cum distinctioni à *Bartolo* factæ, de qua nos nos supra, inter cessionem factam in

ce-

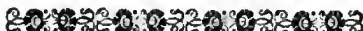
cedentis,& factam in cessionarii gratiam, tertium membrum adiecerit *Baldus* de cessione facta in gratiam utriusque, nempè cedentis, & cessionarii; visû aliquibus est, & hoc tertiû membrum recipere, inter hos *Faber* est in præsenti, sunt etiam & nonnulli ex his qui in Foro versantur sequuti *Sfortiam, Odum ad l.3. C.de novationibus, Gaitum de credito cap. 2. à num.433.& Reg. Merlinum cap.31. a nu. 5. cent.2.*

5 Verùm enimverò quoniam vix inveniri poterit casus, in quo cessio adeò paritèr utrinsque, nempè cedentis, & cessionarii cômodum respiciat, ut tertium membrum hoc distinctionis constituat, & exempla à *Reg. Merlino, Sfortia, & Gaito* allata nequaquam convincunt, ut benè *Olea* advertit citato *tit.8.qu.2.num.6.& 7.* Idcircò *Bartoli* distinctionem non esse supplendã, sed simpliciter admittendam, magis communiter receptum esse in Scholis, & in Foro monuerunt *Acosta de privil. cred. regula 3.ampliat.4.& prælud.2. num.26. & Cancerius 3.par. variarum cap.6. à num.183.& 189.* aliique.

Et sanè cum in negotio, in quo cessio versatur quoquo modo, unius, aut alterius utilitas aliquantulum prævalet, quod ex facti circumstantiis pendet, statim dicendû erit in illius commodum cessionem esse factam, in cuius maiorem utilitatem facta est unde inutili rer tertium membrum videtur adiici, & propooi.

6 Sed ad *Fabrum* propriùs deveniendo, illud in primis in disquisitionem cadere oportet, an huiusmodi *Bartoli* distinctio necessaria sit in quæstione proposita de cedente, qui post cessionem agit adversus nomen cessum? Nam non esse necessarium ñô solû *Faber* existimat quoniam utcumque facta in cessionarii commodum cessione, adhùc remanent directæ actiones penès cedentem qui, nisi interveniat alterum ex requisitis in *l.3. de novat.* semper agere, & exigere poterit; sed idem asseverãt Nostri, qui in Foro sunt ex tradiris *à Paulo Gallerato de renun.c.4. n.94.& a Presid. Merlino d.cap 31.n.20.* Et tamen è contra necessariam esse non desunt, qui sentiant, & actiones quidèm directas remanere falsi elisas eas, & obnoxias exceptioni dicunt, cum cessio in beneficium, & utilitatem cessionarii facta sit, ut ratiocinantur *Cravetta conf. 191. num.3. Guidon Papa qu.530. & q.567. Romanus conf.102. Osaschus decis.45.* quos referunt *Treutacinquius resolut.14.num.2. lib.3. tit. de solut. & Scaccia de commerciis §.2. Glossa 5. num.264.* utunturque hi ad propriam sententiam comprobandam *l.in causa §.fin. l. Procmeus l. Procuratore in rem suam D. de procuratoribus.*

7 Hinc sunt, qui & tertiam quandam promovent sententiam, scil. qui ita distinguendum velint, ut si cessio sit facta sine ullis expressionibus, & pactis simpliciter, quia in hac actiones directas manere concedunt; licere ideo dicunt cedenti illis experiri, & exigere adhùc post cessionem; si vero cessio sit facta cum adiunctis aliquibus expressionibus, & conventionibus, ob quas elisæ, & inefficaces prorsùs remaneant directæ illæ actiones, & tunc, quia non amplius illis uti cedens poterit, ideò in hac casu non licere ei exigere, aut agere concludunt: has autẽ Expressiones, & conventiones tuoc esse ad hibitas asseverant ut *Merlinus, & Trentacinquius* advertuot, cum fuit dictum *trans-*
8 *ferre cedentem non solum actiones, sed & omnem spem, & exercitium ipsarum,* aut cum cessionarius, ut de Notariorum stylo est, *dominus, & procurator in rem propriam constitutus,* aut si *iuramento de non contraveniendo* cessioni promissû, de quibus videas *Cencium de Censibus quæstione 67.num.6. & quæst.109.nu.31. Costam de portione, & rata quæst. 212. Mutam decis.14.num.9. Manticam de tacitis lib.4. tit. 13.n.4. Capicium Latrum, Gutmanum,* & cæteros apud *Oleam ubi supra n.30.* Et quidem. hæc tertia sententia ferè obtinet apud meliores omnes, quibus persuasum clausulam illã *ponẽs, & constituens Procuratorem in locum suum,* vel solam sufficere, ut actiones directæ remaneant elisæ, & inutiles penès cedentem ut, quicquid *Faber cap.6.* hic in fine tentaverit firmat *Merlinus loco citato à num. 13.* Denique quoniam inter Facta quibus cedentes præjudicare cessionario possunt confessio adnumeratur, si quis quando confessio cedentis cessionario noceat scire velit, adeat *Oleam tit.8.quæst.2.num.40.*



CAPVT V.

De Castrensis distinctione.

SVMMARIVM.

1 *Faber & si excludat attamen reipsa admittit Castrensis distinctionem.*
2 *Pragmatici admittunt Castrensis distinctionem.*
3 *De altera Castrensis doctrina de debitore cesso in judicio convento.*
4 *Quæ reiicitur.*
5 *Cessio facta ob causam, si causa non sequatur erit inutilis.*
6 *Et poterit cedens primævis actionibus agere*

etiam quod debitor sciverit cessionem, & etiam si inter venerint requisita de quibus in l.3.de novat.

1 PAucis hic immorandum; nam si *Castrensis* distinctio ad §.*si heres scriptus l.facta 63. D.ad Trebell. n.31.* quæ considerandum suadet, an sponte cessio facta sit, an verò ex necessitate, falsa est, ut credit *Faber*, utique nulla differentia assignari poterit inter spôtè factam, & ex necessitate cessionem, ideoque idem in una quod in altera dicendum est. At quid est quod ipsemet *Faber num.3.& 4.* scribit in explicatione *d.§.si hares scriptus*, quod scilicet (ut nec ipse *Castrensis* ignoravit) in specie ibidem tractata restitutio fiat ex necessitate, unde actus voluntarij, etiã si præcessissent restitutionẽ hęreditatis, ut sunt côfessio, aut collusio hæredis, nô debent nocere fideicommissario, cui tamen nocerent si subsequẽs illa translatio, & alienatio, quæ fit per restitutionem, non necessaria, ut dictum est, sed volũtaria foret *l.si superatus 3.§.ult.D.de pig.l.præses 5.C.eodem.* an non in his *Faber* diversitatẽ agnoscit, fateturq; interesse quod translatio aut cessio fiat ex necessitate actus licet voluntarij ab hærede facti, nam non nocebit, nocebit tamen si ex volũtate, eadem cessio, & translatio fiat? at hoc non est admittere *Castrensis* distinctionem saltem re ipsa? igitur nô illa contemnenda, sed cum distinctione *Bart.* conjungenda erit ad hoc ut illã suppleat, nisi dicere velimus, quod probabilius puto, etiàm prædictã *Castren.* distinctionem redigi ad distinctionem *Bartoli*; nam cessio ex causa necessaria facta, aut eadem est, aut redigi potest ad cessiones illas, quæ in cessionarij gratia, & ejus periculo fiunt, atq; ideo sub specie harum cessionum compræhendi.

2 Non ità ramèn sentiunt plerique *Pragmatici*, sed existimantes distinctionem prædictã inter cessionem voluntariè factam, & factam necessariò, omnino necessariam esse in Foro eã recepere, atque ab illa pendere dixerunt decisionem quæstionis, an & quando cedenti magis, minusve post cessionem liceat; etenim dicunt quod si ex necessitate cessionem ipse fecisset, ut in gravato fideicommisso evenit; quoniam parum, aut nihil de suo largitus est non solũ nô post cessionem; sed neq; ante cessionario futuro præjudicare potuit, ut concluserant *Repetentes* post *Bartolum* hic, & *Baldum in l.1. C.de inofficioso testam*; sin autem non à necessitate adactus; sed ex propria voluntate motus cessionem fecerit, tunc ex facti circumstantijs plura perpendẽda esse volunt, ut apud eosdem videre est. Sed multo maior est difficultas in altera eiusdem *Castrensis* doctrina in *l.fin.D.de transact.* dum asseverat, quod cessione facta, si convenia-

3 tur in iudicio debitor cessus à cedente, possit ei solvere, atque ità liberationem consequi, & si aliundè cessionem factam sciverit, nec teneatur id opponere; hoc autem eidem non licere si non conventus in iudicio, sed voluntariè solvere vellet cedenti postquam sciverit cessionem; Etenim & si hanc doctrinam in Foro sequuti quidam fuerint cum *Sesè decis. 418. n.1.tom.4.& Carlevalio de iudicijs disp. 26.n.13.* alijsque; Meliores tamen eã reiecere

4 nec iniuria; nàm vel supponimus, quod possit cedens, non obstante cessione, & quod illa à debitore côvento opponatur, in iudicio côvenire, & ad solutionẽ adigere debitorẽ quod evenire potest, vel ex vi, & calore contractus, & instrumenti quarantigiati, cuius vigore cũ Creditor agit, nulla retardari potest oppositione, nullave excludi exceptione, ne cessionis quidèm, vel ex eo quia cessionarius, & si cessionem obtinuerit ea uti nolle constat; & in his, & similibus casibus non videtur denegandum esse debitori, ut solvere voluntariè possit cedenti, à quo urgeri in iudicio ad solutionem potest, & ad eam adstringi. Vel supponimus, quod non possit cedens in iudicio agere, & astringere debitorem ad solvendum, quoniam ei potest opponi de cessione facta quod sciens debitor facere debuit, & se defendere; & tunc & si judicio conventus solvat nihil agit, neque liberationem consequitur.

5 Denique cum cessio ex causa necessitatis fuerit facta, & in illis casibus, in quibus eam fieri ob causam (præcedente pacto) conventum fuerat, solet quæri an causa non sequuta, valeat, ut videre est apud *Marcum quæst.864.* Et sanè cum *Decius* adverterit quod ex falsa causa cessio facta vitiatur, ut in *cons.464. num.4.* securè pronunciavit *Cravetta cons. 129. num.14.* implemento non sequuto, resolvi cessionem; undè licitum cedenti de cessione à se facta, nulla habita Ratione, & si scientiam illius habuerit debitor, quinimmò etiam sequuto uno ex tribus requisitis in *l.3.de novationibus*; actionibus prioribus experiri, & res cessas sibi vindicare, ut concludunt qui in Foro versantur communi calculo cum *Balbo decis. 376. & Mesingerio observat.96.centur.3.*



CA-

CAPUT VI.

Defenditur adversus Fabrum recepta explicatio l. 3. C. de novationibus.

SUMMARIUM.

1 *Faber in nititur novam dare explicationem ad l. 3. C. de novat.*
2 *Sed malè nam verba reclamant.*
3 *Non potest Rescriptum in d. l. 3. aliter explicari, quam de nomine in solutum dato alioquin plura sequantur absurda si de cessione facta facilioris exactionis causa explicaretur.*
4 *Ratio quæ militat adversus Fabrianam sententiam.*
5 *Pragmatici in proposito variant, & quidam cum Fabro sentiunt.*
6 *Sed alij, & magis communiter pro recepta explicatione sunt.*
7 *Altera quæstio apud Nostros an cessio de qua in l. 3. facta cedentis tantum an cessionarij gratia, & an utriusque.*
8 *Gaitus credit utrinsq; gratia factã, sed malè.*
9 *Olea, & alij dicunt factam ad solam cedentis utilitatem.*
10 *Qua ratione ita dici possit.*

1 POstquã (ut in præcedentibus dicebamus) remanent penès creditorem cedentem, etiam post cessionem, & insolutum nominis datione directè actiones, visum *Gordiano* fuit eas elidere inutilesque reddere, & ideò tria remedia proposuit in *l. 3. C. de novat.* népe ut cessionarius, vel litem contestetur, vel debitori denunciet cessionem, vel partem debiti cessi ab eo exigat; Hoc antè & si fecerit *Imp.* apertissimis verbis in Rescripto suo, & fuerit satis dilucidè à Nostris explicatum, attamen visum *Fabro* est illud contrà communem interpretationem, & contrà ipsissimam Imperatoris mentem interpretari, & invertere; Ait itaque Primò Rescriptum in hac *l. 3.* esse restringendum ad simplicem mandatarium, & proinde locum non habere in eo, cui insolutum nomen datum fuerit, ut Interpretes hucusque existimarunt, & malè.

2 Sed non advertit quod Ratio, & verba reclamant à proposita definitione, Verba nam illa (*solutionis causa*) exprimunt satis clarè de nomine insolutum dato tractari. Neq; verùm, quod ait *Faber à num. 6.* illis significari non aliud, quam, si mandatæ proponantur actiones creditori sub eo pacto, ut quod exegerit in suũ creditũ imputet; id agere debeat. nã primò cũ unusquisq; qui debitoris sui debitorem illius mãdato exegit, teneatur quod exegit in creditum sibi imputare, inutilitèr, & frustratoriè ità convenisset; Secundò hæc loquendi formula, *mandatas actiones solutionis causa* exprimit actionibus cessis solutũ esse, nõ exactione; alioquin foret scriptum *mandatam exactionem solutionis causa*; & suavis *Faber* est qui idipsum esse credit mandari actiones exactionis causa, mandari solutionis causa, & mandari exactionem.

3 At illud quod idem comminiscitur scribens, mandari quidem actiones, sed facilioris exactionis causa, & ut à pluribus facilius Creditor exigeret; in casu longè diversa militat, & per alios iuris terminos tractandum, quod nũquam hic à verbis Imperatoris elici poterit dum potiùs oppositum significant, & dationem, insolutum important, præsertim illa (*debitori suo*) quæ indicant nominis cessi debitorem, effectum debitorem cessionarij, quod non aliter fieri potuit quam per insolutum receptionem alioquin remansisset adhùc debitor cedentis. Rursùs facit adversùs *Fabrum*, & sententia illa, *vel debitori suo denunciaverit*, qua nos edocemur potuisse cessionarium in proposito debitori denunciare ne cedenti solveret; etenim nulla ratione id potuisset, nisi insolutum nomen recepisset, siquidem qua fronte simplex tantummodò Procurator ad exigendum (talem enim fuisse eum, & si Creditor foret, contẽdit *Faber*) vetaret ne domino solveretur, & illi ne solveret debitori denunciaret. Sanè tùm in civilitèr tũ maxima cum injuria Procurator ad exigendum constitutus inhiberet debitori ne ei cui vires gerit solvat.

4 Neq; sola litera tex. adversùs Fabrianam coniecturã (ut dicebamus) sed facit & Ratio, illa quod supposito, mandatas fuisse cessionario actiones simplicitèr, & facilioris exactionis causa, nõ fuisset adeundus Imperator neque Rescripto opus; nam nulla Ratio dubitandi, quin adhùc post cessionem simplicem sive mandatum Dominus potuisset exigere; undè ex his, & alijs, quę forsan meliora, *Bachovius* attulit ad *Thesin 3. disput. 4. de action.* satis cõmunis sententia firma remanet, & inconcussa à Fabrianis insultis, quamquam si quis Repetentium Veterum, & Recentiorum optima methodo dicta velit in unum collecta, adeat *Hubertum Gifanum* in comment. *ad Codicem lib. 8. hoc tit. de novat.* quo in loco & quæ faciunt ad explicationem *l. 1.* ejusdem tit. luculentèr proponit.

5 *Pragmatici* autem in duas scinduntur factiones. nàm quidam cessionem illam, de qua in hac *l. 3. C. de novat.* pertinere ad eam spe-

speciem volunt, in qua mandatæ tantummodò fuerint actiones, atque ità cum *Fabro* sētiunt, & inter hos sunt *Surdus conf.22. n.43. Rota Romana penes Durandum dec.99. nu.5. p.1.& dec.266.num.17.p.2.* quibus addendus *Rovitus*, qui & *conf.75.n.6.* mordet *Fabrum*, quod tanquàm suam,& novam hanc explicationem, de qua supra, tradiderit, cum longè antè cum proposuerit illam *Imola in l.facta §. si heres scriptum n.11. in fine D. ad Trebellium, Iacobus Butrigarius ad hanc l.3. Ozaschus dec.62.n.9. Merlin.dec.2.n.7.& 8.*

6 Alij verò,& meliùs in contrariū sentiunt,& receptiorem interpretationem defendūt, inter quos præcipuus est, & iure præcipuus *Reg. Merlinus*, qui *lib.2.contr.31.n.9.* alios adducit, & pluribus sententiam firmat.

7 Ad hæc, & illud etiam Nostri disputant, quod affine proximè dictis, utrum in speciehuius *l.3.* cessio fuerit facta in utriusque gratiam,in cedentis scilicet, & cessionarij cōmodum, an verò in solius cedentis, vel solius cessionarij? & sanè *Gaitus* qui *in suo Tractatu de credito c.2. tit.3. à nu.478. post Sforciam Odum ad hanc l.3.q.1.art.17.* defendit, quod possit cessio in gratiam utriusque fieri cedentis scilicet, cessionarij,ità evenisse in specie nostræ *l.3.* opinatus est. Sed postquàm plura adduxerit,fatetur tandèm *sub nu. 500. & 501.* utilitatem, & commodum ità respectu utriusque à se considerari, ut ad unum principaliter,ad alterū secundariò pertineat; hanc verò assertionem assumentes, qui ex opposito, & magis verè contendunt,non dādā hanc tertiam speciem cessionis,quę in gratiam utriusque sit facta, statim clamant suo se gladio jugulatum *Gaitum*; quoniàm utilitas, quæ secundario provenit, & in consequentiam, non potest venire in considerationem, adeò, ut tertiam speciem cessionis constituat;speciem enim tantummodò commodū principale, & præcipuum facit quoniā attēdi illud debet,ut ab eo denominationem cessio accipiat, ut rectè perpendit *Olea*, alijque apud eum.

9 Hinc ipsemet *Olea* suos Autores sequutus tradidit quod in *l.3.* ad cedentis commodum facta cessio fuerat,ideoque Imperatorem unū ex tribus requisitis desiderasse, hoc autem,ut

10 recipiendum sit verumque esse possit (cum, etiam vera sint quæ priùs dicebamus, scilicet agere *Gordianum* non de simplici actionum mandato, sed de insolutum datiune)Oportebit commodum cedentis, ex eo elicere,quod ipse dum dedit in solutum nomen , & ideò liberationem consequutus fuit,ità negorium gessit, ut nō tàm de solvēdo cessionario quod ei debebatur, quam de consequenda ex facta cessione liberationem eius quod debebat,eum cogitasse palam fecerit.



CAPUT VII.

Cessi nominis periculum spectet nè ad cedentem an verò ad cessionarium.

SUMMARIUM.

1 *Inconstantia Fabri.*
2 *Quid in proposita quæstione dicendùm.*
3 *Quid si mandata simpliciter actiones forent?*
4 *Verus intellectus l.3. de novationibus defenditur adversus Fabrum.*
5 *Reicitur quorundam distinctio.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *De Regula l.si nomen.*
8 *Qua firmatur adversus quorundam sententiam.*
9 *Quandoque ob dolum, aut ob delictum tenetur cedens, at non ex natura cessionis.*
10 *Quandoque etiam, ob pacta, & conventiones in cessione adiecta.*
11 *Improbatur ratio cur Principis,aut Universitatis nomina cedens non subeat periculum.*
12 *Inutilis Altomarij distinctio.*
13 *Quibus verbis intelligitur promissa exigibilitas.*
14 *Quæ non dicetur promissa nisi ita dictum fuerit expresse.*
15 *Etiamsi ei ità cautum diligens cessionarius esse debet in exigendo.*

1 NOster *Faber*, qui in pręcedentibus adeò cedenti detulerat, ut ferè nil obstante cessione, adhùc totum posse tradiderit, tantumque in cesso iàm nomine ci licere voluit, ut etiàm post cessionem, quinimmò, & postquàm rescivit eam , si tamèn non ab ipso cessionario resciverit,posse eum exigere, posseque ei solvi, & liberationem contingere, scripserit;nùnc è contrario adeò nihil eum in cesso nomine habere, adeòq; illo ob cessionē factā spoliatū esse,ut ad subeūdū nominis cessi periculū nullo modo constringi possit, & ad instar illius, qui vēditione rei dominiū in alium transtulit, non amplius cedentem teneri contendit; ideòque *num.3.* pronunciat indistinctè cessi nominis periculum ad cessionarium in omnem casum pertinere, dummodò ipsius cedentis neq;dolus,neq;culpa intervenerit; & quamquam hanc suam contradictionem videns, ea se liberare conetur *n.6.* nihil agit, quippè cum utcunque negari non possit aliquid remanere apud cedentem, illudq;cedentis esse,habereque eum in nomine

necesso, consequens est ut si non totale, aliquale tamen periculum ipsius nominis subire eum oporteat.

2 Sed his omissis certè in hac quæstione cuius nominis cessi periculū sit?fateor,& ego, quod nominis in solutū dati,sive novatio,& delegatio intervenerit *l.3. C.de novat.* sivè non intervenerit *§. soror l. pupilli 96. D.de solut.* periculum ad cessionarium pertinebit nō ad cedentem, sed huic assertioni adijciendū puto, id quod ex *l.nomen D.de hered. vel act. vendita* edocemur, nempè eā locum habere cum periculum circà exactionem, aut exigibilitatē,ut Nostri loquuntur versatur,non verò cū circa existentiam,nam si circà hanc versaretur, & verum non esse nomen, aut iam exactum appareret, undè periculum in veritate nominis contingeret; tunc certum est quod periculum hoc, (si periculum dici potest) cedens potiùs,quàm cessionarius subire oportebit.

3 At si simplicitèr mandarę actiones fuerint, verum etiam est quod periculum illius ad cedentem pertinebit, ut ex adductis iuribus colligitur,quāquā falsum,id probari posse,ut credit *Faber n.9.* ex hac *l.3.C. de novat.* etenim in priori huius parte tractari de nomine in solutum dato, non de mandatis simpliciter actionibus in præcedenti capite satis pro-

4 bavimus; levissimū verò est, quod *Faber* adducit scilicet ex eo, quod in posteriori ejus parte scrip.um est periculum non pertinere ad mandantem, sed ad eum, in quo translatæ sunt actiones propter factam delegationē, ostendi manifestè in priori specie ex contrario ideo pertinere quia non erat facta delegatio,etenim constat apertissimè in secunda Rescripri parte Imperatorem non ad oppositam speciem transire,sed ad diversam,& cū in prima dubitatū foret, an adhùc potuisset cedēs exigere,in secunda tractatum est,an periculū nominis ad eum spectaret, unde quod adiectum de delegatione facta iure novationis,ex facto desumptum est,atque ideo prolatum, ut minùs dubij qui consulebant Principem haberent, alioquin sequeretur (quod vel ipse *Faber* negat) ut tùnc demùm pertineret periculum ad cessionarium, cum delegatio novationis causa fuerit facta; Igitùr primò ex eo quod in secunda Rescripri parte tractatur de cessione,& novatione facta nō sequitur ut in antecedenti tractatū de actionibus simplicitèr mandatis asserere debeamus,cum adsit media tractatio illa, quæ est de in solutum datione cirrà tamen delegationem,& novationem, ut in specie dicti *§. soror*. Secundò ex quo tractatur de periculo cessionarij, eo quia novatio facta proponitur,non sequitur, quod quotiescunque non adsit novatio, periculum ad cessionatium pertinere non possit.

5 Rursùs ne altera quorundam Interpretum distinctio possit admitti, illud potissimum movet, quod si periculum nominis præsens sit in cessione, & iàm ex tunc cum cedit ue adeò debitor inops,ut solvere non valeat, idque sciat cessionarius cuius maximè interest (quicquid alij comminiscantur) hoc faciet, ut cessionarius ipse qui volens, & prudens se submisit periculo, illud subeat, & postquam voluit talem debitorem accipere, talem perpetuò sibi habeat.

6 Quod si de *Pragmaticorū* sententia disquitendum esset & quid in hac materia, sentiant cum de nominis cessi evictione agitur, & an, & quando illo non reperto solvendo, cedentem ad *emendam* teneri velint, investigare vellemus, id pluribus aperuisse *Olea tit.7.q.3.* inveniemus,& postmodū ferè omnia quæ ab his scripta fuerant in unum collegisse, & in pluribus casibus distinctè tradidisse, tandem *Altomar.* in observatis ad *Consil. Reviti citatum 75.lib.1.* vnde quia nobis inutile foret eadem quæ dicta sunt repetere,non aliud agemus quam alio,forsan, & meliori,ordine selectiora referre.

7 Sit Itaq; 1. notabile quod vendito nomine debitoris,aut delegato, aut in solutum dato, idque simplicitèr,sinè adiuncto, & nequaquā adiectis pactis specialbus, aut clausulis quibusdam &si non ad aliud venditor, delegans, aut in solutum dans teneatur, præstare tamen eū oportebit verum esse nomen venditum delegatum, aut cessum iuxtà regulam *l.si nomen D.de hered.vel act. vendita*,quod autē adeò indubitatū est,ut & si expresè caverit is,qui vendidit aut cessit, vel delegavit,se de evictione teneri nolle, adhùc nun existente vero nomine cesso tenebitur, ut advertunt ex *l.si emptorem §.qui autem D.de action. empt. Ginrba dec.87.n.12.& Mant.de tac.& ambig. lib.4.tit.14.num.13.* undè è converso si verum nomen fuerit tunc ad aliud non teneri cedentem, aut venditorem in proposita specie

8 dicendum erit. Et quanquam sint Quidam, qui à regula prædicta recedant, & cedentem ad aliquid aliud ultra teneri malint, ut apud *Oleam, & Altomare* videre est attamen observandum erit, quod hi non tàm ex iuris ratione, quàm ex facti quibusdam circumstantijs moventur, cum tamen hæ circumstantiæ quādo adsunt faciant quidem ut venditor, vel cedens teneatur, at non ideo ut Regula labefactetur,quoniam,& hac salva potest, & illud evenire, ideo non per modum limitationis,ad regulam, sed per modum explicationis proponi quidam casus poterunt qui tamē omnes ab uno fonte,& ab unica pendeant ratione;finge, itaque dolo; versarum venditorē nominis, sive cedentem;adeoque decepisse emptorem vel cessionarium eosque adegisse, ut

ut reciperent nomen verũ quidem, sed prorsùs inanem, dicam teneri cedentem, sive venditorem, ex tex. in *l.si plus §.fin. D.de evict.* sed dicam teneri non quia cedens, aut venditor quid amplius quam facere nomẽ verũ teneatur, sed quia delinquere non debuit, neq; ex dolo suo, & calliditate lucrum expiscari.

9 Rursùs finge quod mendax cedens asseruerit nomen à se cessum, aut venditum bonum esse, & locuples, vel tacuerit sciens illius vitium sive inopiam; quoniàm ex hac taciturnitate, aut mendacio in dolo est, ut benè observavit *Galeota contr.* 32. *num.* 65. tenebitur quidem, sed ex proprio delicto. Hinc hoc asseverandum, cum cessio, aut venditio fuerit facta ignoranti, nàm si scienti, quoniàm huic nulla fit injuria, nullum delictum cedens admittit, & per consequens teneri non debet, ut nostri fatentur penès *Altomarium num.* 2. *&* 3. *& Oleam num.* 7. qui qualis scientia culpabilis sit, & quæ non talis aperiũt. Porrò si aliqua exceptione debitor cessus tutus erat, eamque exceptionem sciebat cedens, nàm ex ejus persona, aut facto oriebatur; tunc nemo non dicet in dolo esse, dum sciens cessit, ergo propter dolum admissum tenebitur, nisi dicere velimus in hac specie adesse peculiarem rationem qua teneatur cedens, nempè quia nomen exceptione tutum ne verum quidèm esse dici poterit, quando paria sunt in materia, de qua agimus, actionem non habere, & habere talem quæ repulsam per exceptionem patiatur: *l.nihil interest D. de reg.juris*, ut ratiocinantur DD. penès *Altomarium num.* 28. *Oleam num.* 10.

Ad hæc cum non idem dolus, aut versutia possit intervenire ex parte cedentis, cum nomen verum locuplesque cesserit; si illud post cessionem tandèm deficiat, ideò in similibus casibus periculum non pertinere ad cedentem in confesso apud omnes est, *Altomarius num.* 4.

10 Præterea si cessio, vẽditio, aut insolutũ datio nõ simplicitèr, facta est, sed adjectis pactis expressis quæ clausulis, vel cõvẽtionibus quibusdam, quæ nõ solũ veritatẽ nominis, sed illius exigibilitatem importarent, à Regula quidem & si in se vera, receditur, at receditur per pactum, & cõventiones insuper adiectas; hinc cum obligatio ad exigibilitatem, & faciendum locuples nomen cessum non ex natura cessionis, & venditionis proveniat; sed ab adjectis, & adjunctis oriatur: verba ipsarũ conventionum, & clausularum, earumq; vis, & potestas pensitanda erunt, & attendẽda, nàm ab illis legem accipere cogimur. Hinc primò videndum, si præsentis temporis tantùm denotantia sint, an verù & futuri, nã ex hoc cognoscemus, an sufficiat tempore cessionis nomen fuisse exigibile, an verò quandocunque, & in futurum tale esse debeat, & ad hanc distinctionem expendenda, & dirigenda erunt quæ scripsère *Rodericus Mantua, Antonellus Leotardus, Cencius*, & reliqui penès *Altomarium*.

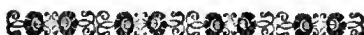
11 Cæterùm quod addit *Altomarius num.* 7. post nonnullos Doctores, quòd scil. Princeps, & Universitates præsumantur à principio cũ ceduntur divites, ideòque cedentes non teneri, si posteà non solvendo apparuerint, vellem ego paulò aliter explicandum, atque dicendum hoc secundum, quod scil. cedentes non teneantur evenire, non ex eo quod præsumantur Divites, & potentes Principes, aut Universitates, sed quia cum eorum divitiæ, & potentia in poblico sint, & palàm, & qua fide negotiãtur, quave prõptitudine, vel mora in exsolvendo utantur, vulgatum sit, notumque, sicut & an eorum nomina vera, an tuta, & quibus casibus obnoxia, & exposita: idq; omnibus; sibi imputabit cessionarius, quod acceperit (nàm sciens accepit, & prudens, aut dum talis esse debuit) scienti verò non fit injuria, ut supra diximus.

12 Ex his autem poterit dici, quod ferè inutilis sit distinctio illa, quam idem *Altomarius* proponit sub *num.* 32. an scilicet ex gratia Principis, an verò per viam justitiæ acciderit, ut introitus ab Universitate promissi ad minorẽ quantitatem redigantur illius summæ ad cujus rationem promissi fuerant; Siquidem, si hoc evenit ex Principis indulgentia quoniam frequens hic casus, & ex his qui non raro, sed sæpè eveniunt non habet cessionarius de quo queratur dum prævidere venturũ poterat, & debuerat atque suæ indemnitati prospicere; Si verò evenit per viam justitiæ tunc videndum quis huic justè diminutioni causam dederit, videndum sub qua forma facta cessio, & quibus verbis conventum de evictione, quidve promißum, & in summa ita dicendum in Principis nomine, aut Universitatis nomine cesso in hoc casu, quod diceretur in cujuscunque privati cesso nomine.

13 Ulteriùs advertendum erit in hac materia quod sunt verba quædam apud *Pragmaticos* quibus exigibilitatem promissam, & ad præsens, & in futurũ censẽdã cõtendunt; adeòq; & continuationem solutionis præstandæ necessitatem imponere cedenti; ea sunt inter alia, si evictio de jure; & de facto promissa sit, si credimus *Roderico Ginrba, & de Marinis apud Altomare num.* 6. vers. *nisi tamen*, aut si ad primæva jura recursus in casu non exactionis fuerit reservatus, ut post antiquos, *Amatus, Galeota, Hodierna, & Marinis* firmant penès eundem *Altomare num.* 27. vers. *quod procedit.*

14 Porrò & illud quoque advertendum, quod cum ex conventione expressa, & cessioni impo-

posita obligationis status pendeat, & hujusmodi cōventio, quid facti sit, nū juris; ideò nisi apertis verbis, & significantibus intervenisse appareat, non poterit allegari, hinc semper erit in dubio standum primæ Regulæ, & pronunciandum exigibile, & locuples nomen non teneri facere cedentem, sed tantummodò verum, ut totiès dictum est, id quod adeò plurium ex Nostris *Pragmaticis* ab *Altomare*, & *Olea* adductis menti est infixum, ut etiā in illis casibus, in quibus exigibile nomen, & locupletem debitorem, facilisque conventionis fore promissum fuit, non aliter cessionario regredi adversùs cedentem liceat velint,
15 quàm si diligens, & sollicitus fuerit, seque talem fuisse apertis probationibus ostenderit probaveritq; & se neq; negligentèr versatū in exigendo, neq; in culpa fuisse dilationem dando, ut DD. explicant; quid autem probare debeat, quasve fecisse diligentias oporteat ostendere cessionarium, & de Iudicis declaratoria intervenienda altercantur inter se *Andreolus cōtr.* 215. *lib.* 4. & *Conf. Staibanus in observat. ad resolut.* 67. *à nu.* 10. *ubi & n.* 82. illud maximè ad rē adnotat, quod & si executio necessaria, non tamen opus est, ut fiat etiam super rebus à tertio possessis, quod & plerique ex Nostris admisère.



CAPUT VIII.

In quo, An, & dispar conditio mariti sit ad §. si à debitore l. promittendo 41. D. de jure dotium.

SUMMARIUM.

1 *Maritus excipitur à Regula cæterorum cessionariorum.*
2 *Faber tentat invertere Pauli sensum in §. si à debitore l.* 41. *de jure dotium.*
3 *Sed ei occurritur.*
4 *Quod Faber pro se adducit, facit pro nostra sententia.*
5 *De Marito ignoranter accipiente in dotem nomen inesigibile.*
6 *Præsens status nominis à cessionario nequaquam ignoratum præsumitur.*
7 *Quid Pragmatici.*
8 *Maritum, qualibet ignorantia excusat.*
9 *An dos habeat privilegium ut nomē in dotem datum semper censeatur promissum exigibile? Quidam affirmant.*
10 *Alij negant.*
11 *Sed confirmatur priorum sententia, & ostenditur in quo consistat privilegium dotis circa nomen.*
12 *Semper læsi hi qui nomen inexigibile accipiunt in dotem.*
14 *Læsio à dote, vel in minimo excludenda est.*
14 *Nomen inexigibile & si verum, semper minus valet.*

1 CUM conditio mariti, cui in dotem nomen debitoris datum fuerat, non omninò eadem sit cum conditione cæterorum Cessionariorum, oportet ut in hac quæstione, utrum ad maritum, an verò ad mulierem cessi in dotem nominis pertineat periculum? nullo modo ab Interpretum distinctione recedamus, ideoque videamus, an maritus, cui nomen in dotem mulier dedit, sciverit illud effectum inops, an verò ignoraverit: nàm si sciverit, ipsius periculum subibit, Si verò ignoraverit non item, sed mulier: & planè hujusmodi distinctio non tàm *Bartoli*, & *Castrensis* est ad *l. Mevia* 49. *D. soluto matrim.* quam ipsius *Pauli* J. Consulti, à quo apertissimis verbis tradita est in *l. promittendo* 41. *§. si a debitore D. de jure dotium*, dum scripsit tùnc periculum mariti esse, Cum sciens nomen acceperit, en verba. *Quòd si jam tùnc debitor cum sub conditione promitteret solvendo non fuerit, periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.*
2 *Faber* autem, quia non assuetus adsentiri Interpretibus, quinimmò neq; ipsis Juris Consultis, proposita *Pauli* verba mala interpretatione sub *n.* 7. evitare conatur, & tamē se adeò
3 confundit, ut quid sibi velit incertum relinquat, & tamē dū ait *Pauli* in dicto loco eam sententiam esse, ut imputari sibi debeat, is qui sciens, & prudens secutus est nomen debitoris quod tale quale ab initio obligationis fuerat invenerit, id prorsùs ipsum, quod nos volumus fatetur, aut si id non fatetur (nam noluisse eum fateri ostendunt sequentia illa, *tametsi namque debitorem inopem esse ignoraverit, hoc ipsum tamen sciens, & prudens fecit, ut quale nomen esse ejus, qui delegaretur, aut ex promitteret, tale illud sequeretur*) demūstrat manifestè se *Pauli* verba non percepisse, nam cum ille scripserit, *quod si jam tùnc debitor solvendo non fuerit, &c.* deindè adijciat, *quod sciens tale nomen, &c.* quis non videt supponere eum scientem maritum inopiæ debitoris illius nomen in dotem accepisse. & quidem si de scientia non inopiæ debitoris, sed nominis (ad Fabri sensum) quod ceditur, tractandum foret, nunquam distinguendum esset, an cessionarius, & an maritus ignorantes fuerint, vel scientes, quippè omnes, quibus ceduntur nomina, sciūt sibi nomina, & illa nomina ce-

di, aut in dotem dati, & proindè scientes cũ-cti, ad *Fabri* mentem dicendi erunt, at non ita *Paulus* sentijt qui observavit posse quem scire sibi nomen cedi, eumque sequi, at ignorare, utrum inops sit, an idoneum, & posse utrumque scire, nempè & quod ceditur sibi nomen, & quod illud inops est, & inexigibile, vel è contrà, & proindè distinxit, & scienti nocere quod prudens acceperit conclusit.

4 At verù, quod *Faber* postea asserit *num.* 10. de creditore, qui fidejussorem minùs idoneum accepit, quod illum comprobasse ipsemet creditor videatur, hoc potiùs pro recepta sententia adduci meruit; deducitur enim ex hoc quod ideò marito periculum nominis, quem sciens accepit, imputatur, quia recipiens illud & si minùs idoneum comprobasse videtur.

5 Sed à sciente ad ignorantem deveniamus, & quidem si ignorans an idoneum foret, nomen nec nè, illud in dotem maritus accepisset (quod aliud caput distinctionis erat) verissimum puto, probatumq; ex *d.l. Mevia* 49. *D. soluto matrim.* qod periculum mulieris erit; neq; enim ex eo solo, quod Vir accepit in dotem nomen debitoris, statim bonum illum fecit, & adprobavit, sed ità demùm si sciens, & prudens accepisset, ut dictum est.

6 Verum quia (ut frequentiùs accidit) ea tãtũ, quæ præsentia sunt, dignoscimus futura non item; ideò quibusdã ex Interpretibus visum præsumendum esse, quod præsens status nominis cessi semper fuerit cessionario cognitus, futurus verò ignotus, & undè in præsenti quæstione periculum præsens nominis eò tùnc cum dabatur in dotem, aut cedebatur, à periculo quod deindè supervenit, separandum volunt, & præsens ad maritum pertinere, futurum vero, & superveniens ad mulierem dixere.

7 Nostri tamen à sorte reliquorum cessionariorum, ut dictum est, semper exceptum volunt maritum; ideòque facillimè concedunt periculum nominis sibi in dotẽ dati præstare eũ non debere, ut pluribus etiam adversùs *Fabrum* expensis adnotavit *Olea sæpè citatus tit.* 5. *qu.* 12. *num.* 7. quo in luco non omnem negligentiam, sed quandam exorbitantem, & supinam marito imputandam probat, multaque alia ad rem pertinentia luculentissimè exponit à *num.* 16.

8 Porrò & si vera quæ de sciẽte marito diximus; attamèn sciendum, adeo adversùs ipsum quod sciens fuerit cõstare oportere, ad hoc ut sciẽtia ei noceat, ut si non constet à quolibet ignorantia excusari possit, ita ut quoties ignorans fuerit, etiam si ex culpabili ignorantia, adhùc nominis æstimati in dotem dati periculum non præstabit, ut idem *Olea* ubi supra *tit.* 7. *quæst.* 3. *num.* 9. advertit.

9 Sed an sicut maritus à cæteris excipitur, ita & causa dotis à reliquis causis excipiatur itaut dos tale privilegium habeat, ut semper dotans, qui dotis causa cessit nomen illud nõ solum verum, sed exigibile facere teneatur, solet plerumque in quæstionem poni, nam una ex parte *Reg. Galeota contr. cap.* 32. *nu.* 27. *lib.* 1. affirmat, eique assentiuntur *Consil. Staibanus resolut.* 67. *num.* 16. *& resolut.* 96. *num.* 27. & sequentibus, & *Consil. Roccus Responso* 97.

10 Altera verò ex parte negat *Altomare* ubi suprà *num.* 30. aitque non favore dotis eum illa nullo in hac re privilegio potiatur, succursũ marito in Regulis à *Galeota* adductis, Sed ex eo quia in illarum specie circumventus proponebatur, id quod à *Montano* habuit *contr.* 95. qui primus circumventionem eo proposito subodoravit.

11 Ego tamen quicquid sit de specie, in qua *Reg. Galeota* Respondit, existimo in denegandò generalem propositionẽ, quod dos habeat privilegium, ut nomen in dotem datum exigibile præstari debeat, fuisse à *Montano*, alioquin *Galeota* semper infesto noster *Altomare* deceptus. Etenim quamvis communis sit Regula, & in omnium favore proposita in *l. nam is D. de dolo*, quod circumvento succurrendum sit, attamèn privilegiũm dotis non in hac simplici Regula esse positum constat.

12 Sed in eo primùm, quod eo ipso quod mulier, aut vir nomen minùs idoneum in dotem accipiunt circumventi præsumuntur; adeòut alia probatione non indigeant, ut se fuisse circumventos, & dolo adductos ad accipiendum ostendant: sanè cum in *l. jure succursum* 6. *§. fin. D. de jure dotium* nos monuerit *Pomponius* in dote danda circumentionem non esse admittendam, quando certum est, quod in quolibet negotio circumventio admittenda non est, oportet ne frustra, & supervacaneè loquutum J. Consultum dicamus ex illius monitu intelligere, quod sit aliquid specialitatis in dote ob quã specialitatẽ validius circumvẽtionem excludamus, hæc autem specialitas in eo consistet, quod statim quud damnũ aliquod doti date utcumq; infertur sive conjugibus ipsis, statim præsumetur circumventio in negotio sitq; certa absq;

13 alia extrinseca probatione. Secundò & in eo quoque privilegium dotis est, quod cum circumventio, & læsio in reliquis oporteat dimidium justi pretij excedere, in dote non ità, sed si vel in modico sit sufficiet, ad obtinendum ut Conjugibus succurratur, quod adnotavit post *Hermosillum Ansaldum, & Fachin. Olea d. tit. quæst.* 12. *num.* 8. ex quo sequitur, & quod facilius, & promptiùs succurratur marito, aut uxori, qui à dotante nomen inexigibile recepère quam cæteris

teris cessionarijs; & quod semper succurratur; nàm semper pro ea parte, qua inexigile nomen est, læsi, & circumventi invenię-
14 tur. Quis enim ignorat valere multò plus, & extistimari nomen exigibile, & verum quam nomen verum, sed inops? & quis ignorat, quod cum in dotë nomen datur eius, qui centum debebat, pro centum, si hoc nomen sit inexigibile, aut difficilis exactionis, quia tùnc vix valet quinquaginta, aut minus, læsi coniuges se dici poterunt etiã si non omnino desperata exactio eius adeo ut, vel octuaginta valeat, aut aliquid amplius, tanto magis cum marito etiam culpabilis ignorantia non noceat, nomen accipiens, videtur pro eo valore accepisse qui exprimitur, unde cum valor ille, sivè quantitas quæ expressa est exigi non potest intervenisse læsionem, & circumventionem existimabimus.



CAPVT IX.

De exceptioue compensationis, quæ obstaret cedenti, an obstet cessionario.

SVMMARIVM.

1 *In proposita quæstione admittenda recepta distinctio.*
2 *Reicitur Joannis Glossatoris, & postmodum Fabri opinio.*
3 *De compensatione nata post cessionem.*
4 *Quid Repetentes.*
5 *Pragmatici volunt compensationem non ipso jure fieri, sed ope exceptionis.*
6 *Quid si ex una parte mutuum, ex altera debitum ex venditione annuorum introituum ad formam Bullæ ortum adsit, an admittatur compensatio?*
7 *An adversus instrumentum liquidum admittatur compensatio?*
8 *An adversus debitum juratum?*

1 Admittimus, & nos Interpretum distinctiones à *Fabro* in præsent relatas usq; ad *n.7* in hac quæstione utrum exceptio, quę obstaret cedenti, obstet quoque cessionario: At illis nequaquam esse locũ volumus (quicquid sibi velit *Faber*,) cum de compensatione agitur, nam pro certo & explorato habemus quod vel ius hoc compensandi, atque ira compensationis causa, & originem habuit antè cessionem, vel habuit post illam, si antè cessionem, quia per ipsam jàm debitum extinctum fuit frustrà quæritur an hæc exceptio obstet cessionario, in quem nullum creditum translatum est nam quod habebat ipso iure extincto creditum nullum quod cederet, cedens habuit, extincto siquidem id est pensato cum debito postea contracto, ut notissimum est ex illis iuribus, quæ de compensatione loquuntur, præcipuè ex *l.4. C. de compensat. l. nil permutavit D. de lib. causa l. si debitor D. qui potiores* sanè sicuti is, qui nomen solutione extinctum, si cederet, nihil cederet, ità & qui compensatione extinctum, cedit, nil cedit; nam compensatio solutionis vicem obtinet *dicta l.4.* & ipso iure actionem tollit, Ergo uti ineptè quæreretur an solutio iam facta cedenti prius quã cessisset possit opponi cessionario ita à pari inepè quæritur de compensatione.

2 Neque audiendus est *Faber*, qui *Joannis* glossatoris, aliorumque Veterum sequutus errorem, quamvis fateatur compensationem ipso iure fieri, adhùc nescio quid ex facto hominis, & oppositione ipsius in compẽsatione opus esse comminiscitur; nàm ità differens impingie in ipsas iuris regulas, quibus statutum, quod ea quæ ipso iure fiunt, nullum hominis factum, nullamq; exceptionis opem requirunt. Ideoq; si verum quod compensatio ipso iure fit *l. verum, l. si ambo l. idem iuris §. sed si invicem D. de compensatione* ut ipse *Faber* concedit oportet, ut & concedat quod sequitur omninò nulla exceptionis ope fieri, hinc quod scribit *nu.9.* quod hoc, quod opponi debeat compensatio, ex iure antiquo remansit etiam post *Justiniani Constitutionem in l. ultima C. de compensat.* prorsùs reiciendũ est; nàm vel non verum (saltèm indistinctè) quod iure antiquo opus fuerat exceptione ad compensationem faciendam cum in iudicijs bonæ fidei, fieret compensatio, ipso iure ut idem *Justin.* testatur in *§. bonæ fide instit. de actionibus*, & in iudicijs strictis, (quamvis eò, quod doli exceptione proposita ex rescripto D. Marci compensatio esset facienda, ideòq; videretur ope exceptionis fieri) adhùc tamen hoc ipsum à plerisque Juris Consultis improbatum fuit, ut quædam vestigia adhùc in pandectis remansa ostendunt. Vel si verum quod antiquitus facto hominis in celebranda compensatio nę opus erat, verum etiam quod ab huiusmodi necessitate nos liberavit *Iustinianus in cit. §. bona fidei, & in dicta l. fin.* Undè concludendum, quod cum hodie compensatio fiat ipso iure, proindè in quæstione de qua hic, si ius, & causa compensandi antè cessionem ortum habuit cum cessio deindè facta inutilis fuerit, nihilque in cessionarium transtulerit illam cessionario non tam obstaturam, quam obstetisse dicendum.

3 At si postquàm creditor nomen cesserit de-

debitoris sui debitor factus fuerit; atq; ita ius compensandi natom, quia non ampliùs compensationi locus esse poterat, nam vel non idem creditor, qui debiror, vel salrem nõ eodem modo idem creditor quo debitor est, & crèdita non ambo sunt ejusdem vigoris, ut compensatio exquirerer, ex traditis in *d. l. 4. & l. fin. C. de comp. l. si debeas D. eodem* dicendum erit nullo modo exceptionem compẽsationis obstare poße, neque de hoc dubitari. Creditor enim, qui nomen cessir, & in insolutum dedit, ex quo aliquod ex tribus illis requisitis, quæ in *l. 3. C. de novat.* intervenit: (ità enim supponimus; alioquin nullus quæstioni locus, certumque posse credirorem, qui nomen cessit adhùc exigere & ideo, multò magis compensare) non amplius creditor est, aut si est, saltèm liquidus Creditor non est; hinc effectus liquidus debitor compensare non valer ad tex. *in l. eius 9. C. de compensat.* & hinc cedens, quamvis debiroris olim sui postea debiror effectus sit quia ille non amplius ei deber, sed cessionario, compensare non poterit, nam ad id patiendum non potest cessionarius adigi *l. in rem 18. §. Creditor D. de compensat.*

4 Sed nõ tantũ *Fabro* hæc quæstio utrum compensationis exceptio, quæ cedenti obstabat, obstet quoque cessionario? anceps, & conjecturis decidẽda visa est. Sed interpretibus omnibus, apud quos tam in scholis, quam in Foro magnis contentionibus agitatur, ut videre est apud Authores, quorum longam nomenclaruram recirat *Olea tit. 6. q. 11. n. 22.*

Et quamquam si quod iura dictant (nempè compensationem ipso iure fieri) mordicus tenerent Nostri vix quæstioni locus esset, nàm si proponetur, ut exposuimus compensarionis causam originem habuisse ante cessioõe, iam creditum illud, quod tunc natum, vice versa creditum, quod erat substulisset, undè cedens quid cederet non habuisset; si verò proponeretur originem habuisse post factam cessionẽ, proposita quæstio soluta foret ab his, quæ suprà sunr dicta, ubi quæsitum est, an, & quando facto suo cedens possit nocere cedenti.

5 Attamen quoniàm ex his qui in Foro sunt ferè omnes credunt, compensationem fieri exceptionis ope, ut post *Rolandum*, *Surdum*, *Papeum*, *Francũ*, *& alios* adnotavit *Consiliar. Staibanus resol. 80. num. 7.* Id admisso, magis ac magis intricata, & anceps quęstio supradicta reddetur, & ur quis ab ea se extricare possit oportebit dicerè cum eodem *Staibano in obser. ex Baldo, Cutello, Gratiano*, & similibus ibidẽ adductis, quod tùnc demùm posit debitor compensationem opponere adversù cesionẽ si aut iam illam cedenti opposuisset, aut sibi à cesionatio non adhùc fuerit cesio denunciata, aliàs extra hos casus non posse, & multò minùs posse, si reliqua requisira *l. 3. de novat.* intervenissent.

6 Præterea si ex ùna partr mutuum foret, ex altera vẽditio annuorum introituum ad formam Bullæ, an locus sit compensarioni, inter creditum ex causa mutuì, & creditum ex causam venditionis factæ annuorum introituum, non inelegantèr ex facto dubitatum scio, & qui affirmabant, ex eo movebantur, quod intèr causas ob quas facilius comprnsatio admittenda rst, ut præcipua enumeratur exclusio usutarum, nam ut usuræ rvitentur, statim & à J. C. & ab Interpretibus compensatio admitti solet, & adeò statim, ur & qui ope exceptionis compensationem faciendam dictirant adhùc, cam ipsò iure factà admittant, si usuræ vitandæ sint, & ad hoc, retrotractiones sibi fingunt, ut videre est apud *Grassum de except. except. 16. n. 37. Fontanellã de pact. nupt. col. 6. Gl. 2. p. 6. tom. 2. & decis. 206. n. 5. lib. 1. & Surdum de alim. tit. 1. q. 42. nu. 88.* Arqui, admissa compensatione ex mutuo adversùs vendirionem ann. introituum usuræ evirarentur scil. annui introitus extinguerentur de quibus extinguẽdis, magis, ac magis sollicitri esse debemus; quoniàm certæ usutæ sunt, & conventæ, & quæ de per se stantes, & tanquàm sors debita aliud parturiunt interesse, & cum eadem temporis anterioritate, ut cum *Pragmaticis* fatetur *Staiban. in obser. 81. n. 1.* & usus Fori pasim admisit; igitut faciendam omnino compensationem concludunr & existimant.

At alij admirtunt quidem inter debitum causa mutui, & usuras decursas annuorum introituum vendirione compensationem, at non item, quaod sortem, seù capitale pro quo venditio anouuor. introituum facta; ea moti ratione, quod cum contractu celebrato ad formam Bullæ sors ipsa principalis sit de mortua, adeò ut revera quousque solvat ex illa usuras sivè tertias debitor, sortem nõ debeat, videtur non posse adigi, ut debitum hoc, quando vix debitum est, compenset, & in cõpensationem deducat. Videas tamèn *Rodriquez de an. redditibus lib. 2. q. 18. n. 9. & Consil. Hodiernam ad Surdum dec. 117.*

7 An autem adversùs iosttumentum liquidum, seù quatan rigiatum, ut vocanr, compeosatio opponi posit tractant *Foller. de censibus in Gl. qua quidem exec. Grassus de except. except. 16. n. 27. Giurba dec. 60. num. 7. Castillo dec. 118.* Sicut, & novisimè *Cæsar de Afflictis dignis. nunc Episc. Cavensis c. 27. & seq. & cap. 42.* suarum ingeniosissimarum Controversiarum.

8 Quid autem si iurasset debitor, qui cessus fuit solvere, an etiam posit opponere compensationem? *Torus affirmat p. 1. compendij in ver.*

ver. compensatio, eique adsentitur in paupere debitore *Olea* ubi suprà *num.* 23. Negant tamen superius adducti Doctores cum *Giurba* loco citato. Sed in huiusmodi te credendum *Moralistis*, & præcipuè *Tamburino* qui egregiè tractant de hoc pluribus in locis.

Denique sciendum, quod hæc Regula de compensatione opponenda plures limitationes habet apud *Pragm.*, quorum meminère *Olea citatus num.* 24. & *Cons. Staibanus in observat.* 80.



CAPVT X.

An in causa reconventionis cogatur cessionarius cedentem defendere, retinetur recepta lectio in l. si quis in rem 34. D. de procurat.

SVMMARIVM.

1 *Si cessionarius utili actione agat non cogitur cedentem defendere in reconventione.*
2 *In proposita quæstione distinguendum inter Procuratorem ex necessitate, & ex voluntate factum.*
3 *Fabri conjectura de lectione l. si quis in rem 34. D. de proc.*
4 *Reijcitur.*
5 *Explicatur Scevola in l. pater D. de procurat.*
6 *Objectio.*
7 *Responsio.*
8 *In proposita quæstione Interpretes varij.*
9 *Item & Pragmatici.*
10 *Adeundus Olea qui benè distinguit.*

1 CUM constet ex Edicto Prætoris ab *Vlpiano* proposito in *l. servum* 33. §. *ait Prætor D. de Procurat.* quod is jubetur defendere, qui alterius nomine agit, verba enim Edicti ità se habent (*cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat.*) Constet etiam, cessionarium utiles actiones quibus experiatur proprias habere ex Imperatorum munificentia, ut suprà diximus, nec *Faber* hic *num.* 1. negare audet, nisi cessio in fraudem fuisset facta; nam tunc non debet debitori obesse *d. l. & elegãter* 7. §. *pen. l. quid enim* 14. *D. de dolo l. si procuratorem* 8. *D. mandati*. Concludendum erit cessionarium, quia cedentis nomine non agit io actionibus utilibus, sed suo, non teneri cedentem defendere, & proindè propositæ quæstioni, non aliter locũ esse posse, quam si ageret cessionarius, uti Procurator, & ex sibi cessis actionibus à cedente, nam tùnc quia illius agit nomine poterit dubitari, utrùm defendere eedentem cogatur.

2 Sed hujusmodi quæstionem quamvis decidissent J. Conf. *Vlpianus*, & *Cajus in l. servum* 33. §. *fin. & in l. si rem* 34. *D. de procurat.* adhibita distinctione inter Procuratorem in rem suam ex necessitate factum, & factum ex voluntate Procuratorem, adhùc non contenti Interpretes decisione, ut solent, denuò in disquisitionem vocarunt, & quod perspicuum erat varijs interpretationibus obtenebrarunt, & invertère.

3 At neq satis id *Fabro*, qui tenebris tenebras adjecere, & sub *nu.* 8. receptam lectionem *l. si quis in rem* 34. mutandam voluit, & reponendo in illa, voce (*proprio*) legendum *si quis in rem suam procurator proprio nomine agit*, quando scriptum erat (*si quis in rem*
4 *suam procuratorio nomine agit*. Verùm enim verò adversùs hanc conjecturam militat non solù receptæ lectionis constantia, & omnium Codicum fides, sed Ratio illa evidens, quod excogitata emendatio, I. Conf. sententiam, & si non falsam, reddat tamen supervacuam, & minùs acutam. Quippè quanquàm verissimum sit Procuratorem in rem suam, si proprio nomine egerit, idest ut suprà dicebamus, si utilibus actionibus experiatur, ad defensionem non teneri; id tamèn adeò evidens ex Edicto erat, ut in disquisitionem venire apud *Cajū* nõ mereretur, & multò minùs opus, ut de hac re monetemur, *Vlpiani* sentētiã interpolari, & suppleri. Credamus igitur longè aliam Compilatorum mentem fuisse cum *Vlpiani* Responso aliud Caij supponerent, nempè illam, ut nos edocerent, explicarentque nobis apertiùs exceptionem quam *Vlpianus* paucis verbis propoluerat, ibi (*nisi fortè ex necessitate fuerit factus*; obscurum namque dictum videbatur & quidem obscurū nam adhùc hodie postquã ex Cajo illustratū est, plerisque tenebricosum, subjecere ex *Cajo*, eum non teneri, qui bona fide, & non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, negotium gessisset, veluti hæreditatem emisset, hic enim ille est qui ex necessitate, ut (*Vlpianus* dicebat) procurator dicitur. Igitur ab utroq; responso unica illa sententia, & distinctio sumenda est in quæstione, quæ de Procuratore alterius nomine agente proponitur; quòd si proprio is agat nomine extrà dubium res erit, quod non teneatur defendere. Rursus si agat alieno nomine, & voluntariè, tunc tenebitur defendere; si ex necessitate, bonaque fide rem gesserit, & non tenebitur; hinc ex his uti falsū universaliter quod docuit *Faber*, quod sem-

per

pet is, qui procuratorio nomine agit, teneatur defendere, distinguendum illud erit, & moderandum.

5 Hæc autem, quæ diximus probentur cum apertissimè ex *Scevola* in *l. Pater 70. D. cit. tit. de procurat.* eodem nescio qua fronte, aut qua ratione utatur *Faber*; ait enim ibi *Scevola, non aliter pupillo dandas mandatas actiones, quam si defendat hæredes*: non tamen affert rationem illam, *quia procuratorio nomine agit*, quam certè afferre debuisset, si in *Fabri* sensu loquutus esset; sed affert, quia utraque actio ex testamento descendit; nempè quod voluntaria sit hæc procuratio, & in rem propriam, & quam suscipere nisi voluißet pupillus non cogebatur, nàm ex testamēto descendit, quo nemo obligatur, & ex quo nemo cogitur recipere, quod ei relictum est: atq; idem important hæc verba, ac si scriptum fuisset, *quia cum pupillus hic non ex necessitate procurator sit.*

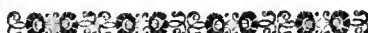
6 Quòd si obieias idipsum in emptore hæreditatis diei posse; nàm sicuti in arbitrio pupilli fideicommissarij fuit, utrum acceptare fideicommissum voluisset, an potiùs respuere, irà & in arbitrio emptoris utrum emere voluisset hereditatem; idcòque & hunc etiam ex voluntate procuratorem existimandum esse.

7 Respondebo longè aliter rem se habere; nàm qui ex causa merè lucrativa, & sciens reconventionem pati posse, agit, is & defendere meritò cogēdus venit, nam videtur omninò voluntariè procurationem suscepisse; at is, qui ignorans futuram reconventionem hæreditatem emit, ex causa onerosa procurationem suscipit, ex necessitate eam suscepisse, cum agit, videtur, & proindè non debet ad defendendum cogi; nam quoad hoc idipsum existimatur, ex onerosa causa Procurator fieri, & ex necessitate fieri hinc hunc casum à priore distinctum, ut indicat *Vlp. in l. si apud Celsum 4. §. si cum leg. verf. si quis autem 29. D. de doli mali except.*

8 Prætereà & in hac quæstione, an in causa reconventionis cogatur cessionarius cedente defendere, variæ sunt Interpretum opiniones; nàm aliter *Accursius, Bartolus*, & post eos *Repetentes Antiquiores*, aliter *Neoterici* Respōderūt. Insuper & intèr *Neotericos*, ipsos non minor dissensio est; nàm alij *Cujacio* assentiendum putant *lib. 1. Respons. Scevole ad l. Pater filio 20. D. de procurat.* alij *Donello comment. 18. cap. 13.* alij deniq; *Fabro* hic, aut

9 *Osualdo*, & similibus. Et deniq; *Pragm.* quoq; & ipsi varias sectantur opiniones, ut videre est apud *Molignatum de reconventione q. 19. Amendolam ad Francum decis. 75. num. 7. Surdum conf. 322. num. 16. Galleratum de renunciatione lib. 1. cap. 4. nu. 95. Bertazolum claus. 29. Glossa 9. num. 8. Vergilium de leg. persona in preludijs num. 115. & cap. 16. num. 66.*

10 Omnium tamen meliùs, & magis ad rem *Olea tit. 5. q. 4. num. 31.* rem omnem explicasse videtur, dum tres statuit solutiones, ex quibus quid in hac materia dicendum sit, plenè docet, & quid à *Fabro*, cæterisque *Neotericis* seligendum, quidque in Foro admittendum, aut reijciendum disertè exponit.



CAPVT XI.

De exceptione, quæ obstabat delegantí, an, & quando obstet delegatario, & de explicat. l. 4. §. apud Iul. D. de doli exceptione.

SVMMARIVM.

1 *In hac quæstione placet communis distinctio.*
2 *Sunt in proposita materia tres species distinguenda, quorum prima si dolus adversus debitorem fit admissus.*
3 *Species secunda si dolus adversus Socerum, aut patrem dotantem.*
4 *Explicatur Julianus ex Vlpiano.*
5 *Tertia species, si in dolo Maritus solus fuit.*
6 *De Differentia inter has species.*
7 *Pragmatici & ipsi distinguunt.*
8 *Plura requiruntur ad faciendam veram delegationem.*
9 *Delegatus si post delegationē solvat liberatur, & si postea injusta delegatio appareat, non item compensasset, aut per pactum fuisset liberationem consequutus.*

1 Approbamus, & nos quoque in delegationis materia Eorum sententiam, qui distinguūt an exactionis commodum ad delegantem, reversurum sit, an vero penes delegatarium remansurū, atq; ita cum illis sentimus, & eo demùm casu exceptionem, quæ deleganti nocitura fuerat obstaturam quoque ei cui facta delegatio est, affirmamus, cū reversurum commodum exactionis ad ipsum delegantem erit, ut probatur in *l. apud cessum 4. §. apud Julianum 22. & l. seq. §. penult. D. de doli mali except.*

2 Sed quamvis hæc ità sint, & rectè ab Interpretibus explicata Remanent adhùc nonnulla observanda ad *§. sed mulier, & ad §. apud Julianum d. l. 4. D. de doli except.* & inprimis illud, quod tres species in proposita mate-

materia delegationis sunt distinguendæ. Quorum prima est, si mulier dolo admisso, debitorem suum marito in dotem delegaverit, nam in hoc casu Respondet *Julianus* non esse permittendum debitori excipere adversùs maritum, nè indotata mulier fiat, scil. ne fiat indotata marito; nam si permitteretur debitori excipere, cogeretur maritus uxorem indotatam habere; Cæterùm si solvit debitor condictione mulier tenebitur, ut pecunia reddatur, quod advertit *Paulus in l.purè 5. §. ne quid ergò D.de doli except.*

3 Species secunda est cum non de debitore delegato; sed de ipso socero, filiæ dolo ad promittendum inducto agitur, & tùnc obstabit doli exceptio, tùm mulieri, tùm marito agenti, & Ratio redditur ex *Juliano* ab *Vlpiano in d.§.apud Jul.* 22. quia dos, quam maritus ab hærede sôceri petit, intelligitur filiæ adquiri, quæ ratio à Juris Consultis tradita vera, & elegans est, & prorsùs unicè vera unicè elegans, ideòque non alia cum *Accursio*, & sequacibus inquirenda, & multò minùs, ea quæ *Faber* excogitavit recipienda est nàm hæc Fabriana prorsùs ineptos J. Consultos faceret, qui dubitarent, an marito uxoris dolus obijci posset, quando ex proprio dolo arguebatur, idq; nec *Faber* ipse dissimulare potuit, & si propositis nugis *nu.* 14. eludere tentavit sed frustrà: quis enim credat eum, qui tùm mariti, tùm etiam uxoris dolo deceptus fuit de solius uxoris dolo excepturum fore cum de amborum possit? aut utilitatem credat maritum ex hujusmodi disquisitione acceptirum? Sanè si negative Juris Consulti pronunciassent, & non obstaturum marito uxoris dolum voluissent, quia non aliud marito dare quàm replicationem adversùs exceptionem doli propositam, potuissent; dum hæc replicatio non aliam esse poterat, quam illa *quod non suo dolo gestum est* hac nullo modo maritus uti poterat qui in dolo quoque fuit, & proindè respectu ipsius, accomodata replicatio prorsùs supervacanea esset, & inepta quæstio quę à duobus JurisConsulti tractaretur.

4 Et quamquam verùm sit quod proposita à *Juliano* in principio de dolo tùm viri, tùm etiã mulieris quæstio fuerit: ità enim loquitur *Vlpianus, Apud Julianum quæsitum & si hæres soceri, à quo dos peteretur exciperet de dolo mariti, & mulieris.* verùm etiam quod hæc verba *Juliani*, ità sunt explicanda tùm ex contextu, tùm ex *Vlpiano* ipso, ac si scriptum esset, *de dolo mariti, vel mulieris*, itaut in proposita species de duorum dolo alternativè sit propositũ. Et in prima de dolo uxoris, in secũda de dolo mariti tractatum sit, quod adeò verum est, ut *Vlpianus* ipse notet *Julianum*, eo quod in hoc secũdo capite explicãdo defecerit, ibi, *illud non explicat Jul.*, quod sanè minùs justè *Vlp.* fecisset, si ille nonnisi unicum caput in unica specie de dolo utriusque coniugis proposuisset, eumque decidisset.

5 Tertia igitur species erit, si in dolo maritum solum fuisse constaret, & hanc speciem à *Iuliano* omissam *Vlpianus* de suo supplevit cum scripsit, *puto autem eum hoc sentire, ut etiam ne dolo mariti noceat exceptio liceat videatur nulla dos filia, ut ait, quæri*. in quibus verbis nil mutandum censeo, neq; *Fabro* assẽtiendum, qui contra receptma lectionem pro (*nulla*) reponit (*illa*) nõ percipiens *Vlp.* sententiam, acutam sanè, & elegantem, quæ est, obstaturam viro exceptionem proprij doli, *quãvis nulla dos filia quæratur*, idest quamvis dote privata remaneat filia; & in his verbis respondet *Juliani* ad priorem Rationem, ideò dolum mulieris obstare viru; quia mulieri dos quæritur: nã quia ex hac quis de facili dicere potuisset: ergo dolus viri non obstabit eidem viro; dum ex hoc obstat mulieri, cui dos quæritur, ut hanc replicationem reijceret *Vlpianus*, ait quod quamvis, nulla dos filiæ quæratur, obstaturum tamen viro dolum.

6 Illud denique inquirendum restat, cur primo casu debitor delegatus opponere exceptionem de mulieris dulo non possit, secundo, & tertio socer, & hæredes ejus possint? & mihi donèc alijs attulerint meliora, ea esse Ratio diversitatis videtur, quod benigniùs succurrendum sit ei, qui cum debitor non esset, debitor dolo filiæ, aut Generi factus est, quàm ei, qui cum revera deberet, dolo tamen obligatus est alteri: quã ei cui debebat; hic namq; revera debet, parùmque interest, an uni, an alteri solvat: ille cum non debeat, aut saltèm cum non eam dotem debeat, quam exigere maritus, & filia satagunt, nimis gravatur cum ad plus quam deberet adigitur, & sanè cum debeat filiæ Pater dotem, non aliter dolo inductus ad dotandam eam dici potest, quam si supponas inductum ad ampliorem dotem constituendam quam facultates suæ substinere potuissent; nisi dicas ad congruam quidem dotem, & justam, sed cum pactis insulitis & exorbitantibus inductum, & in utroque casu quia ad promittendum ultra id quod debebat adactus est, dignus est, ut benigniùs ei succurreretur, argumento *l.Iulianus 7.D. eod.de doli exceptione l. 2. §. aliud Juris D. de donationibus.*

7 Sed quoad Forum attinet, hanc quæstionem utrum exceptio, quæ deleganti obstabat, obstet quoque ei cui facta est delegatio? Nostri tunc tractant, cum quærunt, an exceptio, quæ cedenti opponi putuerat, possit & cessionario opponi? & solent ferè omnes distinguere cum *Gratiano discept. forens. cap.* 356. *num.* 7.

num.7. & observare, utrũ cessionarius actione directa agat, & nomine delegantis, an verò utili actione, & sibi competeote, & primo casu, si exceptio talis sit, quæ substantiam actionis inficiet, quæve cedenti obstatura fuisset, obstare eam quoq; cessionario, & delegatario, qui cum iure illius utātur, & ex illius persona agoat, non poterũt plus iuris, quam ille consequi, ut ratiocinaotur *Surdus consil.* 333. *n.*15.*lib.*3. *Berous cons.*32.*n.*46. *& idem Grat. cap.* 906. *& cap.* 955. Secundo verò casu cum ex persona sua, & utili actiooe delegatarius agit, alitèr dicendum volunt, ut apud eosdem Autbores videre est.

Verum enimvetò hæc distinctio quibusdã qui subtiliores se jactant manca, alijs non undequaque tuta videtur undè alia querunt ad materiam, quæ largiori manu expensa ab *Olea* sunt à quo in his rebus, de quibus agimus, vix divelli possumus *tit.*6.*q.*11.

8 Interim tñ illud sciendum, quod cum plures effectus delegario parturiat, plura etiam requisita, ut ritè celebretur exposcit, quæ colligere *R.Consil.Hodierna ad Surdum dec.* 187. *nu.*4. *& Altomare ad Revitum cons.* 75. *n.*7. vndè ab illis petenda erunt. Cæterum

9 quamvis delegatus solvens ei, cui à Creditore delegatus fuit liberetur, & si postmodum non iustam delegatiooem fuisse coostiterit, quoniam delegans nihil debebat delegatario; attamèn si nõ solverit, sed cõpensaverit cum illo ipse delegatus, vel pactũ de non petendo obtinuit in his casibus quando delegatio non iustæ rectaq; apparebit, tũc rursùs nõ obstante quod gessit, pristina actione deleganti tenebitur, ut advertit *Ciriac.contr.forens. lib.*1.*contr.*108.*n.*2.*& lib.*3. *contr.*427.



CAPVT XII.

De Anastasij Constiturione in l.per diversas C. mandati.

SVMMARIVM.

1 *Anestasiana Constitutio à pluribus illustrata.*
2 *Non undequaque tutum quod asseverat hic Faber.*
3 *Quando Fabriana assertioni locus.*
4 *Distinguitur materia hec in Pragmaticorum gratiam per conclusiones.*
5 *Primo distinguendum inter validitatem cessionis, et penam Constitutionis Anastasiana.*
6 *Census potest minus vendi quia minus in eo, quam in præsenti pecunia.*
7 *At non quando illud minus alias ab qualitates recompensaretur.*
8 *Idem si census super censu Constitutus fuerit.*
9 *Item si eius promissa exigibilitas.*
10 *Potest minus, & plus æstimari cẽsus in transactione.*
11 *Cerditum dubium, aut incertum potest pro minori pretio cedi.*
12 *Si valida cessio an locus Constitutioni Anastasiana? negant nostri.*
13 *Sed distinguendum.*
14 *Quomodò?*
15 *Sunt plures casus in quibus non habet locum Anastasij, & Iustiniani provisio.*

1 IN Constitutione Anastasiaoa quæ extat sub *tit.C.mandati* iam satis à oostris Interpretibus Commentarijs illustrata, explicataque, observandum illud erit, quod non aliam ob causam inhibere voluit Imperator actionum venditionem quam quia viderat quosdam alienis rebus, fortunisque inhiantes, cessiones alijs competentium actionum in semetipsos exponi properare, hocque modo diversas personas litium iocommodis, & vexationibus afficere, hinc exceptis ex causis ibidem enarratis, alijsque quas eoumerant omnium meliùs *Donellus, & Grifanius*, Cętetarum actionum cessionem prohibuit.

2 At non uodequaq; tutum est quod in præsenti capite suadet *Faber*, scilicet actiones indubitatas à cætetis separandas, & earum cessiooem admittendam, uti admittitur earũ vẽditio; etenim oe ita absolutè ratiocinemur duo obstant, primum, quia vix dari possit huiusmodi actio, quæ sit in judicio proposita & tamen indubitata sit: nàm eo ipso, quod adversarius negat aut detractat per negationem, & ioficiationem fit dubia, ut optimè in hac eadem *l.per diversas* advertit *Accursius.* secundũ, quia ex eo, quod quis propriã actionem alteri vendit, aut cedit, & minori pretio, statim dubiam illà reddit, aut talem pręsumendam facit, oriturque hæc præsumptio ex his, quæ fræquentius accidunt, & ab Imperatore adprobatur ibi, *cum certum sit pro indubitatis eos magis, quibus antea suppetebàt iura sua vendicare, quam ad alios ea transferre velle.* Verùm .n. verò si huic præsumptioni locus esse nõ posset, quoniam facto ipso excluderetur, fieretq; certę actioois cessio, (ut est quæ competit ex instrumento liquido, & quaiãtigiato, quod sententiæ, & condemnationis vim obtioet) io isto casu, & si fiat quocunque pretio, cessio sicut, & venditio validè fiet & ita asserimus ultrò nam revera ad hujusmodi actiones certò indubitatas, quioimmò indubitabiles, & exigibiles præsteque exactioois, Constitutio *Anastasiana* non pertinebit; monitum tamen velim;

Fa-

Fabrum, quod iura nostra ad ea, quæ frequẽtiùs accidunt adaptantur ex regula *l.nam ad ea D.de legibus*, & quod vix aut numquam invenietur, qui minori pretio accepto hujusmodi actiones cedat, aut vendat.

4 Sed & si materia hujus *l.ab Anastasio* frequentissima sit apud Nostros, & fere ab omnibus tractata, quia tamen adeo varie explicata Constitutio extitit, ut nil secure possit pronunciari ideò: in *Pragmaticorum* gratiã quasdam hic firmabimus conclusiones quas veriores existimavimus, nam eos qui alia velint relegamus ad Authores, quorum nomenclaturam, & nonnullæ traditiones *apud Mesam lib.1.variarum cap.44.n.9. & Oleam tit.5. quæst.13.* inveniant.

5 Prima igitur conclusio sit separandam esse quæstionem de validitate cessionis à quæstione de obstaculo *l. ab Anastasio, & l.per diversas* quoniam potest valide fieri cessio respectu cedentis alio.umque, & tamen competere debitori cesso beneficium *Anastasianum*, & è contra non esse locũ huic beneficio cessionem invalidam esse. Neque in hac distinctione aliquem dissensurum existimo, si considerabit invaliditatem respicere læsionẽ & personam cedentis, aut habentium ab eo causam; Remedium *l.ab Anastasio, & l.per diversas* beneficium nominis cessi.

6 Si igitur census redimibilis ad formam Bullæ cõstitutus præsenti pecunia alteri vendatur; quoniàm aliquid minùs in censu est sivè in nomine cesso, (saltèm ob curam, & periculum exactionis, quantùmvis locuples, & idoneum nomen proponatur) quàm in præsenti pecunia; poterit nomen minoris vendi, & emi, eritq; validissima cessio, & ad hãc conclusionem probandam expendentur iura in *l.qui nondum C.de hæred.vel act.vendita*, & faciet doctrina Theologorum Moralium *Trullen.ad præcepta Decalogi lib.7. c.21.dub.2.num.3.cap.11.n.93.Duardi ad Bullam cœnæ §.7.q.4.n.10.* & aliorum apud *Avẽdanum de censibus c.34.n.26.n.31.* itemque Civilistarum, cum quibus *Sarmiento lib.7.select.cap.1.n.4. Larrea alleg.25. Noguerol.alleg.37.n.69. Giurba decis.117.Ciriac. lib.1. quæst.169. & seq.Gusman, & similium.* sanè hac de causa inductum per consuetudinem, ut minori pretio, hujusmodi nomina veneant testantur plerique, inter quos *Noguerolus alleg.31. nu.77. Rodriquez de ann.redditibus lib.2. qu.21. Cencius de censib.q.72.*

7 Secunda conclusio erit; Si illud minus, quod in censu esse diximus aliquid aliud suppleat, tunc minoris vendi census sive nomen non poterit, finge censum exigibile, & paratæ exactionis esse; emptorem verò in loco, in quo non facilè in similes emptiones pecuniã, quam paratam otiosamque habet implicare possit, Finge exigibilitatem census à venditore promissam, & plenissimè de iure, & de facto promissam; unde & nomẽ cessum eiusq; bona, & cedentis quoq; hypothecata habeat, qui emit; in his, & similibus casibus nequaquã nomen minoris emi, aut cẽsus pro minori pretio, quo constiturus fuerat distrahi poterit, unde ad hos casus adduci, & adaptari deberent, quæ afferunt *Cenedo Canonicarum q.7. Covar.3.variarum c.10. Mercator Corduba, Azorius, Lessius,* & alij apud *Duardum ubi supra §.2.q.28.Felic.de censib.lib.2. cap.1. num.43.*

8 Tertia conclusio, hoc ipsum dicendum esse si non census venditus, sed super censu census alter foret constitutus, de qua specie *D.Joseph Vela tomo 2.differ.26.& sequ.*

9 Quarta conclusio, si creditor sciens, & prudens nomen locuples, & exigibile adhùc minoris vendere, aut pro minori pretio alteri cedere velit, idque ex spontanea voluntate, quia partem vendere, & partem donare illi placeat motus aliqua ratione, aut liberalitate id quod potissimum ex facto pendet, hoc ei permissum facere nulli dubium est; dũmodò palam faciat. scil.expressis verbis, & aperta, & clara conventione non autem perfunctoriè apponendo (ut est de Notariorum stylo) in instrumento cessionis *quod plus est donat, &c.* nàm hoc non sufficere *Gaspar Tesaurus* adnotavit ad patris *dec.165.lit.C.*

10 Cæterum si non per viam venditionis, sed transactionis causa nomen insolutũ daretur sivè assignaretur nemo dubitat; quod, & pro minori, & pro maiori quantitate, ut in transactione conventum erit id, poterit fieri.

11 Quinta conclusio si creditum aut difficilis exactionis, aut litigiosum, dubium, & incertum fuerit, minori pretio vendi posse, omnes concedunt; ut videre est apud *Felic. de censibus tom.1.lib.2.cap.1.n.43.& tom.2.lib.2 cap.1.num.9. Rodriq.de ann.redditib.lib.1.q.8 n.20.Gutierez lib.2.pract.q.173. Cencium de censibus, & alios apud Salgadum in laberyn. credit.par.1.cap.13.§.2.a n.36.& apud Giurbã cit.dec.117* & reliquos. Ex his igitur cõclusionibus explicanda, & dirigenda erunt, quæ *Pragmat.& Interpretes* passim afferunt, ut elucidari prima pars distinctionis de validitate cessionis nominis minori pretio facta possit.

12 Sed supposito quod nomen venditum, aut cessum minori pretio, & valide fuerit; ad secundam distinctionis partẽ deveniendo videamus an ex persona debitoris cessi, cessionario obstet exceptio condictionis *l.ab Anastasio, & l.per diversas C.mandati.*

Et quidem non obstare eam Respondent DD.magni nominis cum quibus *Olea tit. 6. qu.10.num.53.* La nimirum ratione, quod cũ

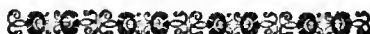
admittimus cessionem minori pretio fieri potuisse, indubitati iutis erit, quod cessionatio prædicta exceptio oon possit opponi, eique non obstet.

13 Sed pace doctissimorum virorum mihi videtur, non rectè in hae te eos tatioeinati; nam ut diximus à principio longè diversus est tractatus exceptionis *Anastasianæ legis* à tractatu validitatis cessionis minori pretio factæ; Etenim in Constitutione debemus inspicete, quid *Anastasius*, & post eum *Iustinianus* constituerint, in validitate verò debemus inspieete iustitiam contractus, & negotij gesti: & proindè non idem in utroque dieendum erit; argumentum rei. Primò quod in illis easibus, in quibus noo potuit vēditio nominis minoris fieri, si de facto fiat adhùc poterit *Anastasianæ Constitutioni* locos non esse; quoniā illud plutis, quod nomē valet in Domini beneficiū nominis, idest principalis Creditotis remanete potest; ideòq; secūdum ptæsetiptum *Anastasianum* in debitoris utilitatem non eedet. Secundò dato quod oomen maiori ptetio fuerit venditum, adhùc disputabitur, ao venditio valeat, nec nè, & tamèn *Constitutioni Anastasianæ* locus esse non potest. Hæe itaquæ si vera sunt, verissimum quoque, non à validitate eessioois pendere exceptionem *Anastasianæ legis*: sed ab ipsius Coostitutionis verbis, & à legislatotis voluntate; Vndè non securè respondeti posse obstaturam, vel nō obstatutam exeeptionē *Anastasianeæ, & Iustinianeæ Constitutionis*, ex eo solum quod validè, aut invalidè cessio facta proponatur.

14 Quiequid itaq; alij sibi velint, cum Constitutiones., & leges adaptentur ad ea quæ frequentius accidunt, & verba legislatoris quascunque cessas actiones modò de illis dubitati possit eompræhendāt. Mihi videtur, dicendum esse, quod quotiesennque cessio fit & si validè, & pro minori pretio, æstimato dubio litis eventu, aut expensis erogandis, & labore exactionis (quoniàm præeipuè ad hęc nomina litigiosa, aut difficilis exactionis Cōstitutio pertinet) adhùc obstabit cessionario exceptio *Anastasianæ Constitutionis*; nàm Imperator, ut maius malum evitaret, voluit omninò huiusmodi eessiones, & si iustè fieri possent, non esse faeiendas pro minori pretio, eius quod in nomine est, atque ità non faeiendas.

Contrà si nomen eessum loeuples sit, exigibile, & indubitatum, eessio si pro minori pretio fiat invalida erit, & iniusta, nisi donationem expressam supetflui factam contineat si iusto pretio facta fuerit, erit valida; sed in utroque easu quoniàm de actione indubitata tractatur, exeeptioni *Anastasianæ Constitutionis* loeus non erit; quoniàm ad indubitatas actiones oon pertinet, ut & *Faber* hie fatetur, & *Neoterici, Donellus, & Gifanus, & Osualdus* setipsère: item, & *Pragmatiei* eum *Rodriq. de ann. reddit. lib. 1. q. 8. nu. 26. Marta in compendio decis. tom 3. verbo cessio cap. 15. Gratian. tom. 2. cap. 286. num. 6. Felic. Avendano, & alij apud Oleam.* Unde patet quod ex eorum dictis oppositum eius, quod dieunt, eoneludendum fuerat.

15 Fateor tamèn, & ego quosdam esse casus, in quibus *Anastasianæ Constitutioni* locus esse ooo poterit, cuiuscunque conditionis fuerit creditum cessum, & pro quocunq; pretio eius eessio sit facta, ut est casus de eessione facta in contractu transactionis, item de facta possessori ad rem tuendam, item si fiat fideiussori, aut ei, qui coactè pro alio solvit, *Cencius q. 71. nu. 12. Duardus post tractatum de censibus decis. 126.* alijque.



CAPVT XIII.

De emendatione l. si à te 9. D. de except. rei judicatæ.

SVMMARIVM.

1 *Fatemur literam text. in l. si à te esse corruptam.*
2 *Sed Fabri emendationem non admittimus.*
3 *Quod affirmatur adducta ratione.*
4 *Et iterum.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Magna authoritas rei iudicatæ.*
7 *Sed non cum apertè constiterit rem aliter se habere.*
8 *Exeeutio semel facta super aliqua re non potest iterum fieri super eadem.*
9 *Sententia lata ex iudieio expertorum non transit in rem iudieatam.*
10 *Qui omittit opponere exceptionem rei iudieatæ, & patitur novam sententiam fieri, videtur exceptioni renuneiare.*
11 *Sententia notoriè iniusta non parit exceptionem.*

QUanquàm, & nos quoque fateamur cor-
ruptum esse *Vlpiani* tex *in l. si à te 9. D. de*
exceptione rei iudicatæ ideòque emendadum
2 velimus, nihilominùs *Fabrian. emendationē*
hic *sub num. 7.* propositam reijeimus quod ut
faciamus habemus apertissimā rationē illam,
quod si supponamus eum, qui secundo agit
victum in priori judieio fuisse, pronunciatūq;
addita eum *Fabro* negatiooe *hæreditatem eius*

non

non esse) non rectè *Ulpianus* concludet, *non nocere exceptionem*; nam quinimò rei judicatæ exceptionem obstaturam palam est. Nec quod reus tùnc non possidebat, quicquam movet (ut respondeam ad ea, quæ comminiscitur *Faber nu.* 10.), quippe exceptio eò fortiùs obstabit, quia Actor in judicio, vel cum eo, qui tùnc non possidebat victus est, & ab eo victus; Cæterùm cum non fuerit pronunciatum Conventum absolvendum, sed Actoris non esse hæreditatem, hæc pronunciatio ipsum excludit, & excludit adversùs quemcumque agat.

3 Porrò cum hæreditatis petitio ei competat, cui veteri, vel novo jure delata est *l. 1. cum sequ. D. de hered. petit.* aut ei cui iura hæreditaria competunt, *l. si quis servum, §. ult. cum lege sequenti D. de leg. 2.* Exerceatur verò adversùs eum, qui pro hærede, vel possessore totam hæreditatem, vel parte possideat *l. regulariter 9. D. eod. tit. de hered. petit.* Opus est, ut iudex priùs de jure actoris, quàm de jure rei cognoscat; nam reus possidens, in pari causa melioris conditionis est *l. ult. D. de acquir. possess. l. ult. C. de rei vendic.* igitur si cum de jure actoris quæreretur pronunciatum fuerit *ipsius hæreditatem non esse*, jam ex tūc hęc pronūciatio præiudiciū faciet, & præstabit exceptionem nō solū convento, de cujus iure, & utrum possideret, nec nè post prædictam sententiam disquiri non oportebat, sed cuicumque; unde quamquam reverà pertineret ad actorem hæreditas adhùc exceptioni ob rei judicatæ authoritatem locus erit *l. servo § cum Prætor D. ad Trebell.* & similibus.

4 Insuper quod nùn, cū in secundo judicio agitur is, qui vicerat in primo judicio, possidere incipiat, cū nō faciat, ut magis pertineat hæreditas ad actorem, quam priori tempore pertinebat, non potest facere, ut exceptio nō obstet, & in hoc differētia est, si pronunciatum fuerit hæreditatem quidem meam esse, at reum absolvendum; quia non possidebat, & si pronunciatum fuerit absolute *hæreditatem meam non esse*. Nam primo casu, cum tu possidere cœperis, & ego agam, non facilè exceptione judicati submovebor, quoniam replicationem saltem habebo, qua tuam exceptionem eludam, Ut *Cajus* respondet *in l. si rem meam à te petiero 16. D. de re judicata*, in cujus verbis observandum ideò scriptum, *si rem meam* ut nos doceamur constitisse *rem actoris esse*, & reum quia non possidebat absolutum: In secundo autem casu cum pronūciatum est hæreditatem meam non esse, obstabit semper mihi exceptio, nā sēper & à non possessore, & à possessione hæreditatē petam, quam ad me non spectare constat; id quod in fortioribus terminis admissum est in *l. si mater 11. D. de re judicata*; igitur concludendum

malam propositā emendationem esse, aliamque quærendam. Nos nostram proposuimus *Suspicionum libris.*

5 At *Repetentes*, ut ferè semper solent parùm solliciti de litera textus in hac *l. si a te 9. D. de except. rei judicatæ*, illud tantummodo ex tex. eliciunt post *Paulum Castrensem*, quod is, qui conventus in actione reali, vel mixta, absolutus fuit, quia non possidebat, si iterum ob possessionem in sequenti judicio conveniatur, frustrà se tuebitur exceptione rei judicatæ.

6 Adijciunt *Pragmatici*, quod quamvis magna sit rei judicatæ autoritas, adeò ut etiam falsum in verum mutare possit, non quidèm assentialitèr; sed quoad effectum, ut *Cravetta* notavit *cons. 79.* & meliùs, & eruditiùs *Valenza tract. illustr. lib. 2. tract. 2. cap. 5. & 6.* & sequentibus, ideòque iudices puniendos, qui exceptionem rei judicatæ temerè proijciant, advertit *Menochius de arbitr. lib. 3. c. 439.* & habituram in antiquis rem judicatam juris præsumptionem pro se, etiam circa ea, quæ in sententia non sunt expressa; idem *Cravetta cons. 108.* & faciunt dicta ab *Afflicto decis. 257.* nā sēper præsumitur justè prolata *Grammaticus decis. 24. num. 6. Afflict. decis. 13. n. 28. Rota Genuensis decis. 13. num. 10. decis. 64.*

7 *num. 3. & dec. 17. num. 4.* Attamèn si constiterit evidentissimè rem alitèr se habere, mutatumque rerum statum, ut in hac *l. si a te* evenisse credunt, tunc non obstaturam rei judicatæ exceptionem communitèr dicunt cum *Joseph. Ludov. decis. Luc. 5. num. 46. & Guidone Papa qu. 215. num. 8. qu. 365.* ideòque contrà rei judicatæ authoritatem posse opponi exceptionē ortā post sententiam, adnotant cum *Rebuffo in constit. Regni sub tit. de oblig. art. 1. Glossa 5.*

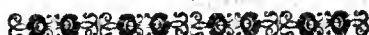
8 Sed alia hęc, sunt nonnulla alia, quæ occasione hujus legis ex *Pragmaticorum* dictis adnotari placent, & primo id quod *Revitus* scribit in *rubric. de instrumentorum liquidatione nu. 46.* Ex quo *Gallappus in Praxi par. 3. cap. 40.* quod scil. executio semèl facta super re aliqua, si eadem denuò ad eumdem possessorem pervenerit, non potest iterum fieri, quoniam sufficit semel fuisse judicato satisfactum.

9 Secundò adnotandum, quod sententia lata ex præsumptionibus, aut ex relatione aliorum sapientium alioquin virorum, puta Medicorum, & similium nunquam transit in judicatum; ideòque exceptionem non parit, *Natta cons. 444. R. Gerandus singul. 10. B. de Ravenna singul. 664.*

10 Tertiò, quod qui exceptionem rei judicatæ habet, si patiatur ea omissa adversus se agi, & causam instrui, videtur ex hoc exceptioni prædictæ renunciasse; *Vera decis. 32. num. 1. n. 410.* si fateretur pro se quidem latam; sed iniquam

fuisse eidem quoque renunciare censeretur *Lanfrancus in singulari* suo finali.

11 Quartò adnot. denique quod sententia notorie injusta non parit exceptioné, *Corseus in suis singul. lit. S. sententia 7. Menochius de arbitr. casu* 484. sicuti si error in ea detegatur, ut notat idem *Corseus* ubi suprà. Cætera, quæ ad rem judicatam, & sententiam spectant, quæve in nostro Foro obtineant, videas apud *Marantam, Muscatellum, & Galluppum in locis vulgatis*.



CAPVT XIV.

Ad tex. in §. 1. d. l. si à te 9. D. de except. rei judicatæ.

SVMMARIVM.

1 *Explicatio §. 1. l. si à te 9. D. de except. rei judicatæ.*
2 *Item vers. mox emerit.*
3 *Quid ex hoc tex. colligendum.*
4 *Defenditur Dion. Gothofredus.*
5 *Quid Pragmatici.*
6 *Si plene de iure alicuius fuerit cognitum in possessorio, res iudicata obstabit quoque in petitorio.*
7 *Rescriptum Principis, non obstante sententia, ei non deragat.*

1 Si bona fide, & ingenuè versari velimus in explicando §. 1 *l. si a te 9. D. de except. rei judic.* non quod *Accursius*, aut *Bartolus*, neq; quod *Faber*, aut alii dicerint; sed quod *Neratius*, & *Vlpianus* attendere oportebit, & proinde cum *Vlpianus* ita loquatur (*si quis fundum, quem putabat se possidere defenderit*) de possessione controversiam fuisse in proposita apud eum specie ponendum erit; nam id significant verba *quem putabat se possidere*: Nec quod *fundum defenderit* sit etiam dictum; quod *Fabrum* fefellit *num. 6.* quicquam movet; nam & ita J. Consulti loquuntur quandoque fundum appellantes fundi possessionem, inde in præsenti illud (*fundum*) ob subjectam materiam, & contextum significat possessionem fundi.

2 Rursus dum adjecit J. Consultus (*mox emerit: Re secundum petitorem judicata, an restituere cogatur.*) Ponendum & illud erit (quod rectè monet *Faber num. 5.*) emptum quidem à convento fundum fuisse post motum judiciũ; sed emptum ante litis contestationem. Hinc dubitatum, an re secundùm petitorem judicata, is, qui possessionem nactus est, post motũ judicium, restituere fundum teneretur? Movebat dubium quia non rectè judicium cæptum videbatur, nec superveniens possessio illud, quod à principio non valuerat convalidare posse dicebatur. Verùm enimverò hæc controversia, quæ facilirèt decidi ab *Vlpiano* potuisset, & verisimilitèr fuit, indecisa relinquitur. Et quod *Neratius* dixerat in specie simili, sed non eadem (quod observassent voluissent Interpretes) refertur in his verbis, & ait *Neratius*: *si actori iterùm petenti objiciatur exceptio rei judicata, replicare eum oportet de re secundum se judicata*, ex quibus cum nõ obscurè edoceamur ab *Neratio* tractatum esse de illo, qui iterum in judicio egerat, & novum instituerat, intelligimus etiam non prorsùs, & eadem speciem *Neratium* tractasse quam *Vlpianus* tractavit; siquidem aliud est, ut in specie *Vlpiani* pro executione sententiæ agere, aliud ut in specie *Neratij* iterum iudicium movere. Cæterùm quamquã diversa *Neratij* species, quia nõ adeò aliena, ut ex illa ea quæ *Vlpiani* est decidi non potuisset, ita factum, & rectissimè, à maiori ad minùs ducto argumento hoc modo: si de possessione moto iudicio adversùs non possidentem, & re secundum petitorem dicta, poterit Victor qui nactam possessionem à reo sciuit iterùm de proprietate iudicium movere, eique exceptio rei iudicatæ non obstabit; nàm replicationem habebit de re secundùm se iudicata; Quantò magis concedendum erit in eadem specie, si non novum moveat iudicium; sed priorem prosequatur, ut possit sententiæ pro se latæ exequutionem petere, nempè Rei restitutionem.

3 Ex hoc itaq; §. ità distinctè explicato duo sunt colligenda, primum, quod iudicium motum de possessione adversùs non possidentem; si hic deindè pendente dicto iudicio possessionem fuerit consequutus, rectè cæptum videbitur, ideòque rectè prosequetur, & sententia exequetur. Secundũ, quod exceptio rei iudicatæ in possessorio non obstat in petitorio ei secundùm quem indicatum fuit; nam is replicationem habebit; & hoc sanè modo textus mihi videtur explicandus; sed siquis aliorum dicta potiùs sectari velit, videat ne se præcipitem agat.

4 Unum tandem hic non omittam pro *Dionisij Gothofredi* viri doctissimi, & iuris nostri restauratoris defensione adversùs *Fabrum*, qui eum mordet *num. 10.* nempè rectissimè ipsũ *Gothofredum*, admissa communi explicatione, composuisse, qua reus uteretur exceptionem. *Secundum te rect. judicatum est, cum non essem verus possessor, nunc empti titulo Jure subnixus; ideòque sententia in utilitatem tuam lata ad hanc meam, & præsentem possessionem*

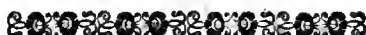
sionem non extenditur: undè soavis Faber, est, qui hanc esse replicationem potiùs adversùs exceptionem rei iudicatæ, si actor emptori eam obijceret, scribit; Quasi qood ille, quem peritorem supponimus, si exciperet, & Reus esset, tùnc dumtaxàt de re pro se iudicata, & de senrétia pro se dicta meri posset, at non ité si ageret atque illam proponeret, & ex re iudicata peteret; quod planè ridiculum est; nàm lippis etiam patet in proposito Petitorem dùm sententiæ executionem petit, & rei restitutionem sibi fieri postulat, non aliud prætexere posse, *quam secundum se indicatum fuisse, pronunciatamque sententiam*, & ideò cum opponere, & exeipere adversùs hoc valeat conventus (nisi is prorsùs futurus fuerit, qui credat rem iudicatam iuvare eum, contra quem iudicatum est, ideòque simpliciter de re iudicata opponere posse.) Non aliter, quàm proposita à *Gothofredo* formula *secundum te rell e indicatum esse cum non essem possessor* excipere oportebit.

5 Sed cum ad eamdem rem pertineat caput hoc ad quoddicta in capite antecedenti, illud solum adnotandum erit in *Pragmat.* gratiam, quòd si quis exceptionem quandam ad unũ finem opposuerit, fueritque repulsam passus, si rerùm ad alium finem eandem exceptionẽ opponat, res iudicata ei non obstabit *Balbus dec.* 324. ut etiam explicat *Magonius dec. Florentina* 3. videas tamèn ad rem *Bartolum in l. Julianus* 60. n. 10. *D. de cond. indeb. & Boer. decis.* 45.

6 Quod si in iudicio summario plenè cognitum de iure actoris, aut conventi fuerit, obstaturam rem iodicatam in iudicio plenario constat inter eosdem iuxtà notata à *Franco dec.* 389. ubi Addentes præcipuè *de Luca* qui monet explicanda à *Franco* tradita ex *Marciano cons.* 4. *Fontanella decis.* 378. & *Decio cons.* 96. cum non ita esset, si sententia lata super una instantia tantummodò fuisset, nàm illa in alia instantia exceptionem non parturiet *Franc. Marcus* q. 71.

7 Denique, ex eodem *Decio* adnotandum est, quod quamvis contrà sententiam plura suppetant remedia, quæ Practici colligunt, & inter hæc, Principis rescriptum pro Revisione, si tamen in eo dicatur non *obstante priori sententia*, adhùc eidem sententiæ derogatum non censebitur. ità ille *cons.* 198.





CAPVT XV.

Retinetur recepta lectio in l. si mater §. itèm Iul. D. de exceptione rei iudicatæ, & in l. 4. C. de dotis promissione.

SVMMARIVM.

1 *L. si mater §. item Iulianus bonum sensum habet tum in Florent. tum in vulgata lectione.*
2 *Asseritur recepta lectio in l. 4. C. de dotis promissione.*
3 *Quæ uniformis in omnibus libris etiam Græcorum.*
4 *Obiectio Fabri.*
5 *Refellitur.*
6 *Quid Repetentes ad l. si mater §. item Julianus?*
7 *An securitas quam habet hæres cum inventario, qui solvit primo venienti ex creditoribus hæreditarijs, habeat quoque emptor rerum hæreditariarum ab eodem hærede.*
8 *An emptor pignoris emat creditum an pignus?*
9 *An qui minori pretio emit possit a Creditore molestari pro residuo pretio.*
10 *An ab eodem met creditore qui vendit.*
11 *Quid Repetentes & Pragmatici ad l. 4. C. de dotis promissione.*
12 *Confessioni facta regulariter semper standum erit.*
13 *Sed cum agitur de praiudicio ipsiusmet confitentis.*
14 *Adversus confessionem erroneam potest confitens venire.*
15 *Confessio ennunciativa licet non probet adversus confitentem aliquando tamen probat.*
16 *An tacens confiteatur.*
17 *Maritus confitens se dotem promissam accepisse an praiudicet creditoribus.*

Quoniàm tum *Florentina* lectio *in §. Julianus l. si mater* 21. *D. eod. tit. de except. rei*
1 *iudicata*, tum etiam vulgata bonum sensum habet, ideòque aut eorum altera, aut utraque recipienda est: consequens est ut *Fabriana* emendatio omninò rejici debeat.

Et quidem si *Florentinam* lectionem sequamur, rectè verba illa se habebunt (*& si antè eamdem partem petijssem*) nam sensus erit, obstare nùoc exeeptionem rei iudicatæ ex persona actoris: nàm & si antè petijssem, iudicatumqoe esset, obstaret ex persona mea: atq; ità nos docet *Vlpian.* nihil interesse, utrum ex mea, an ex Authoris mei persona exceptio com-

competat, cum æquum sit emptotem uti ven-
ditoris jute posse; & hunc sensum à lectio-
ne prædicta, vel ipsemet *Faber elicit num.* 3.
Quod si vulgatã sequij velimus etiam rectè
scriptum etit; *nam & si a te petijssem*, quoniam
in illo (*à te*) docet Jutis Consultus, quod in
uno cohæredc idipsum, & in altero cohære-
de verũ, & æquale utriusque jus esse, unde ità
argumentatut, obstat tibi exceptio tei judi-
catæ, qoia Author meus te vicit, sicut obstatet
mihi, si à te petijßem, & victus fuissem.
2 Rursùs, & assereoda quoque erit textui in
l. si voluntate 4. *C. de dotis promissione* recepta
lectio, quam injuria vexat hic *Faber* addita
negatione, qua facit ut *Dioclet. & Maximi-
liānus* oppositum ejus, quod Rescripserant
dicant, ctenim cum proponeretur, virum
io dotali instrumento plura sibi tradita scri-
psisse quam susceperat, optimè Resсriptum
fuit intelligi de his, quæ desunt petendi pa-
ctum esse sequutum, desumitur enim pactum
ex eo, quod proponitur in illis primis Rescri-
pti verbis, *si voluntate dotantis*, id enim est
quod pactũ inducit, & hoc si advertisset *Faber*
non mirùm ei visũ ex pacto agi posse; & qui-
dem finge quod Seius dũ Caiam in uxorẽ du-
ceret à Semprooio dotante quingentum te-
cepiße: At voluisse Semptooium ut Seius non
illa quingenta quæ recepit, sed mille dotis
nomine habuisse in instrumento scriberet; an
nisi protestatus fuerit se ad pompam, & va-
nitatem, aut ad alium quemlibet fioem ita
velle, cæterùm ad amplius teneri nolle vide-
bitut se mille io dotem dare voluisse, & mille
Caiam dotasse? igitut ad reliquum teoebitur,
& ex hoc pacto implicito tenebitut. Hinc iure
recepta lectio affirmativa quę nõ solũ in om-
3 nib. Codicibus extat: Sed etiã in Græcorum li-
bris, in quibus magis petspicuè, & clarè pro-
ponitur *lib.* 29. *Basilicorum tit.* 1. *cap.* 84. ubi
scriptum: *si quis dote suscepta in dotali instru-
mento plura sibi tradita scripserit, quam susce-
perit: Siquidem citra voluntatem dotantis nul-
lum ei præjudicium facit: si verò voluntate ejus
videtur pactum insertum de alijs quoque rebus,
ut & ipsa in dote sint: & quoniam ex nuda polli-
citatione dos peti potest, eas petere potest.* idipsũ
habet sinopsis *Basilicorum d. lib.* 29. *cap.* 84.
Fateturque verum *Hermanopolus lib.* 4. *prochi-
ron tit*, 8. *de in dotem datis animalibus* §. 15,
qui & hoc ipsum in §. 16. *sequ.* admittit, & si
præter Dotantis consensum scripsetit Gener
plura, quam tecepit; Sed in hoc ertat Græcus
Author, qui ut solet, (nos ostendimus in No-
stris ad eum Animadversionibus, & Notis) in
Iurisconsultorum Responsis, & Romana Iu-
risprudentia peregrinatur.
4 Neque his, quæ ex *Basilicis* dicta sunt de
pollicitatione, obstat quod opponit *Faber
num.* 11. primum à Theodosio qui floruit post
Dioclet. & Maximil. authores hujus *l.* 4. indu-
ctum fuisse, ut ad exactionem dotis, quam se-
mel præstari placuit qualiacũq; verba suffice-
rent, sive scripta fuerint, sivè non, etiam si sti-
pulatio in pollicitatione tetum dotalium
minimè intervenerit ut in *l. ad exact.* 6. *C. de*
5 *jure dotium.* siquidem alitet se rem habere ex
eo coostat, quod *Theodosius* in citata lege lo-
quitur, veluti de iure cõstituto Rescribens, nõ
veluti ius novum constituens. cæterùm si
verum foret, quod ante *Theodosium* non obti-
nocrit ut vel pollicitatio simplex in causa
dotis esset servanda, adhùc quia de pacto Im-
peratores non de pollicitatione (ut Græci ex-
plicarunt in hac *l.* 4.) scripsère, & certè de pa-
cto, nàm intèr præsentes, & coosentientes res
agebatur: & sicuti qui volebat mille scribi, pa-
ciscebatur se mille daturum saltem inter pre-
tativè, ità & qui dicebat, se mille recepisse,
consentiebat sibi mille dari, vel mille pro-
mitti, oppositio non strioget eo quod Theo-
dosius post Dioclet. & Maximil. floruerit.
6 Sed barum legum à *Fabro* vexatarum. Pri-
ma quæ est *l. si mater* 11. §. *idem Julianus D. de
except. rei judic.* planam, apertamque senten-
tiam habet apud *Repetentes*, eamq; esse ait *Ca-
strensis*, quod exceptio venditoti competens
in emptorem transit quod ex *l. si a te*, & ex *l. si
haredes ejus* §. *idem scribit D. familia ercisc.*
etiam probari posse existimant.
Practici autem cum pro certo id habeant,
ponunt primò io quæstione an exceptio quæ
ob confectum inventarium hæredi compe-
tit, qui primò venienti ex creditoribus de-
suocti ritè rectevè solvit, ut non possit posteà
à creditoribus anterioribus tandè veniẽtibus
inquietari *Francus decis.* 272. ubi Addentes,
in quæstione inquàm ponunt an hujusmodi
exceptio emptori etiam rei hæreditariæ, qui
emit ab hærede cum inventario, & pretium
rei primò creditori hæreditario venienti li-
cèt posteriori solvit, accomodetur eiq; com-
petat, ità ut ea secutus sit, remque emptam de-
fendat? & quamquã *Francus* obi supra negasse
se videatur, & iterũ in *decis.* 278. Magis tamẽ
cõmunitèt affirmatum est cum *Cancerio* 3. *par.
variarum c.* 2 *a. n.* 149. post *Velascum*, & cum
Carocio de excuß. bonorum par. 2. *quest.* 59.
quod ipsum post eundem *Caroc.* idem *Cancer.
ampliat.* verumque fatetut, & si in venditione
citatio creditoium saltèm generalis non
præcessisset, advetsùs ea, quæ *Tellus* exigebat
ad *l.* 32. *Tauri n.* 9. & hoc ipsum quod *Cance-
rius* sentit *Amatus consf.* 88. *num.* 17.
8 Secundò si quęratur, an emptor, qui pignus
à Creditore emit, jus crediti soper illo, an verò
dominium nanciscatur, sunt qui ius pignotis
tantum acquirere emptorem veliot post *Ne-
gusantium* cum *Surdo consf.* 183. *Gratiano di-
scept. ca.* 117. *num.* 17. *& Mantica de tacitis*
lib. 26.

*lib.26.tit.28.num.*18. sed sunt alij qui, & verius, eo quod Creditor ius vendendi rem habeat, eamque vendat, non ius pignoris, sed rei dominium consequuturum emptorem scribunt, quorum sententiam probant doctè *Arias de Mesa variarum 1.cap.2. a num.15. & Olea de cessione iur.tit.4.q.2.à n.18.*

9 Tertiò quoniam diximus emptorem in locum venditoris succedere, quæri solet an sicut id activè verum est, ità & passivè; scilicet an sicut vēditor poterat à Creditoribus inquietari pro integra summa valoris rei nō possit etiā & emptor? Finge rem valoris centum emisse Titium quinquaginta, quæ Creditori solvit, an pro reliquis quinquaginta quibus res valebat poterit ab altero Creditore inquietari? & Respondetur, quòd aut is, qui inquierat Creditor anterior, aut posterior est eius cui soluta sunt quinquaginta; si anterior certum est posse, si posterior non aliud pòterit, qoam offerre pretium solutum, & iure quod habet offerendi uti *Greg.Lopez, & Hermosilla ad partitas hispaniarum partita 5. col.fin. l.55.* Noster *Faber in Codice lib.8. tit.2.defin.1.Toro in compend.tom.1.* in verbo ius offerendi, & alij cum quibus *Mesa 1. variarum cap.37 & & cap.6.& 8.& 25.* Et ex hac eadem ratione si in publica subhastatione quis emerit adhùc a creditoribus molestari poterit, si illi subhastationi non interfuerint, & anteriores sint eorum quibus pretium solutum fuit, concludendum est ex his quæ notat *Reg. Marcianus lib. 1.disp. 11.*

10 Denique in quæsito an qui emit, possit ab eodemmet vēditore deindè molestari ex causa dominij supervenientis, distinguendum erit dicendumque quod aut venditio iudicialis fuit: & quia hæc videtur à debitore facta, licèt instante Creditore, poterit iterùm emptor ab eodem Creditore ex nova supervenientc causa molestari; aut venditio à Creditore in re suo facta est, scilicet iure Creditoris & non poterit, ità ex *l.si is D.de distractione pignorum* distinguunt *Jacobus Cuiacius ad lib.6.respons.Pauli, Gusman de evictionib.q.34 num.13. Solorzanus lib.2.de iure Indiar.c.14. n.56. & Olea tit.5.q.13.n.11.*

11 Sed de his satis, Videamus nunc aliqua ad *l.si voluntate* 4. C.*de dotis promiss.* in ea illod primò notandum quod non solum *Veteres, sed Neoterici* ferè omnes particulam negativam retinent,, & receptam tuentur lectionē, quiequid *Faber* hic credat, quinimmò ex Cōstitutione illa desumunt, confessionem nudā, idest sine numeratione de recepta dote, non probare; ideòque si maritus dotis nomine accepisse plusquàm revera accepit, confessus foret, adhùc posse eum ad id, quod deest agere, ita *Bartolus, & Baldus* ex quibus *Maihesilanus singul.345. Guid Papa qu.363.* *num.3.* At qoamvis ita differant *Repetentes, Pragmat.* tamē meliùs se explicantes adnotare solent. Primò Regulam esse, quod confes-
12 sioni factæ standum sit, cum liquidam probationem importet ex *Afflicto dec.*105. Idquè multò magis locum habere, si geminata cōfessio fuerit: idem *Afflict.decis.*136.& *decis.*375.*Grammat.dec.*103.*n.*3. licèt facta parte absente *Franc.Marcus q.864. par.1. num.10. & q.79.n.2.* & exceptionē confessionis tantæ efficaciæ esse, ut semper opponi possit *Joseph Ludov. dec. Luc.5.n.44. Cravetta cons.7.nu.3. & cons.175. & cons.272.n.15.*

13 Secundò adnotant Regulam propositam habere locum, cum de ipsius confitentis præiudicio agitur, nam si de tertij ageretur non probabit numerationem confessio, idem *Afflict. dec.150. n.35.* nec desunt qui credant quod possit hęc assertio fulciri ex nostra *l.si voluntate*; quoniam in ea confessio mariti non nocet ea de causa, quod non de solo eius præiudicio, sed etiam de præiudicio uxoris, ad quam dos pertinet tractabatur.

14 Tertiò affirmant quod cū confessio erronea fuerit non solum hæredes confitentis contrà illam venire poterunt *Afflict.dec.*733. Sed & ipsemet confitens, ut evenisse volunt in specie huius *l.*4. in qua maritus venit adversùs propriam confessionem, & ita omnibus errantibus licere docent *Cravetta consil. 157. Magon.dec.Flor.2.nu.26.Ozasch.dec.39. Puteus dec.461.n.6.lib.2.* nisi tamen diffinitiva sententia fuerit iàm lata. Quam exceptionē cum admittimus oportet, ut non item admittamus si nō sententia lata, sed præceptum, sivè decretum fuisset à Iudice factum quod solvat, ut *Corsetus* singulariter adnotauit *lit. C. singul.ver.confessio.*

15 Porrò si confessio non assertiva; sed enunciativa fuerit, anceps quæstio est, an probet adversùs confitentem; etenim & si Regula negativa statui soleat ex citato *Afflicto dec.*105. nisi favor piæ causæ aliter exposcat idem *dec.83. n.7. & dec.164. in fine*: adhùc sunt Qui casus aliquos proponant cum *Ludovico dec.Perusina 33. & Decio cons.539.* in quibus probare confessionem, & si enunciativis verbis factam contendunt, ut est in probando dominio penès *Cravettam cons.29.& Antonello in tract.de tempore legal.lib.2.c.91. tit.de annis* est quoque in probatione census antiqui impositi super re; si enunciativa cum alijs adminiculis conjungatur, ut aliàs diximus cum *Reg.de Marinis lib.1.cap.102.* & præsertim in censu debito piæ causæ cum *Julio Capone respons.33.*

Cæterū si confessio nō solū enunciativa foret, sed incidenter quoque facta vim probationis eam non habituram nemo est qui dubitet post *Franc.Marcum q.710.*

16 Sed

16 Sed quid sẽtiendum de eo,qui tacet,& an is tacitè confiteri videatur, ut dicitur; videas *Ludovicum decis. Perusina quaest.* 22. & & Auctorem *melliloquio* 452. denique illud in controversum esse apud omnes nemo est qui nesciat,quod confessiones in iudicio factæ, maiorem vigorem obtinent,& magis cõfitenti nocent,ut videre est apud *Tepatam lib. 1. tit. deconfess. & confess. judicialibus*, id quod vel ex calore,& autoritate iudicii,vel ex præsentia partis, quæ in iudicio adesse solet vel ex Regula quod in iudiciis contrahitur, originem sumit.

17 Sed cum confitendo maritus sibi non præiudicet, videndum an è contrà præiudicet creditoribus suis si confiteatur dotem sibi promissam recepisse? affirmant magis communitèr ex *Afflicto decis.* 407. modò constet de promissione in capitulis matrimonialibus facta,quod & *Covarr.* admisit *variarum lib. 1. cap. 7. num. 6. & Vivius* intèr communes opiniones retulit *opin.* 148. *in ver. except. n. 2.* item *Peregr. Rota, Laurent. Seraphinus*, & alii apud *Riccium in addit. ad Afflictum loco cit.*



CAPVT XVI.

Iuris Consultis asserta plura Digestorum loca,in quibus Tribonianisma se invenisse jactabat Faber.

SVMMARIVM.

1 *Quid dicendum circa Tribonianisma à Fabro addicata.*
2 *Asseritur Juris Consulto l. si debitor D. de judiciis adversùs Fabri censuram.*
3 *Item tex. in l. quamvis 6. D. de pign. act.*
4 *Item tex in §. pecunia in sacculo l. 1. D. depositi.*
5 *Item tex. in l. si defunctus 15. D. de procurat.*
6 *Item §. 1. ejusdem l. si defunctus.*
7 *Item l. si reus 23. D. eod. tit.*
8 *Repetentes, & Pragmatici quatrimestrem dilationem condemnato concedunt.*
9 *Pragmatici in materia depositi restituendi hæredibus deponentis variè distinguunt.*
10 *Et unumquemque hæredum actionem habere volunt.*
11 *Quid de tex. in l. si defunctus sentiant Nostri.*
12 *Quid Pragmatici de duplici cautela præstanda.*
13 *Quid de Procuratore.*
14 *Procurator non cogitur accipere mandatum.*
15 *In criminalibus quandoque admittitur.*

1 ET si ultrò ego fatear *Tribonianum* pleraque Iuris Consultorum Responsa interpolasse, plura addidisse, quædam etiam detraxisse; non tamen ideo statim reprehendendum eum esse judico; sciens ita egisse coactum,cùm ex infinitis propemodum libris,& discordantibus Authoribus, & contrariis Sectis,& sententiis,ius,quo utimur cõpilaret, atque omnia quoad fieri poterat in unam concordiam redigere satageret, hinc neq; rectè,neq; bona fide se gerere in interpretandis Iuris Civilis libris eos existimo qui statim quod *Triboneanea* manus vestigium aliquod odorantur, Corruptum responsum clamant,in versam Iuris Consulti sententiam, Iuris prudentię principia involuta pessumdata neq; introspiciunt priùs, ut deberent, an rectè mutatum aliquod fuerit, & quia ità urgebat necessitas,an in meliùs, an quia ę quius visũ,& fini proposito de coniũgenda Theoria cum praxi, & de reducenda stricta Iuri sprudentia ad æquitatem,accomodatius, & quidem si ita factum invenient, & si parùm dextrè,parùm elegantèr non undequaque ad methodicam rationem compactum utcumque laudare *Tribonianum*,& socios potiùs debent aut saltè ignoscere, & ubi plura nitent paucis non offendi maculis, quas aut incuria fudit, aut humana parum cavit natura, ut monebat *Horat.*

Omnium verò pessimè faciunt illi, qui & si *Tribonianea* manus vestigium non videant: attamèn statim, ac Responsum aliquod obscurum, aut difficilè non percipiunt, aut non possunt ad eorum opinamenta retorquere, dispungendum clamant, relegandumque à cæteris, veluti *Tribonianeum*, & erroneum dictitant, non memores quod & si Responsum revera fuisset à *Triboniano*, & sociis confictum in totum,aut in partem,aut in pluribus correctum, & interpolatum, adhùc non est nobis integrum,qui juris *Justinianei, Interpretes* agimus,non Censores quod factum est,aut male factum dicere, aut quod peius est respuere velle, & in dubium revocare.

Hæc autem præfata volui, ut quæ dicturi sumus adversùs *Fabrum*, qui nonnulla in præsenti, & lõgè plurima in sequentibus capiribus,& libris, Iuris responsa sub prætextu quod *Tribonianisma* contineant vexat, & reiicit, in bonam partem accipiantur magisque libenri animo admittantur.

2 Itaque disputat primò hic *Faber* adversùs textum in *l. si debitor* 21. *D. de judiciis*, illudq; à *Tri-*

à *Triboniano* interpolatum duplici argumento conatur evincere. Primum quia in eo *Cautela* scriptum extat, non *Cautio*. Secundum quia debitor in specie dicti tex. nulla cautione onerandus fuerat.

Sed ad primum argumentum respondetur verum quidèm esse quod boni Authores *cautionem* potiùs scripserint, eoque vocabulo usi sint, quam *cautelam*, sed falsum tamen, omninò malum hoc vocabulum esse, & à I. Consultis prorsùs alienū; cùm pluries eos usos inveniamus, nempè in *l. 15. §. ult. D. de procurat. in l. 14. D. deposit. in l. 6. D. de pign. actione, in l. 8. & 10. D. quibus modis pign. vel hypoth. solvitur in l. si de victor. D. de judicijs in l. si plures D. de possess.* quæ omnia si quis à *Triboniano* dicat interpolata, & id non aliam ob causam effecisse nisi ad hoc ut *cautelam* pro *cautione* poneret, is ineptire se ostendet. Cæterùm *Amianus Marcell.* etiam hoc vocabulo utitur, utuntur quoque *Arcadius*, & *Honorius in l. 17 C. de testam.* & tamèn scripta *Amiani*, & Rescripta *Arcadij*, & *Honor.* à *Triboniano* interpolata, nondùm questus est *Faber*.

Ad secundum Respondetur, quod omninò in specie proposita onerandus debitor fuerat, ut cautionem præstaret; nè alioquin miser creditor, postquàm tempus concessum excessit, de facili frustaretur à debitore versuto. Nec quod scriptum *cum competenti cautela* nos turbabit, quando eodem modo loquendi usum eundem *Vlpianum* videmus in *l. nisi malit 11. D. de Rei vindicat.* de reliquo quod ibi tractetur de actionibus in rem parum nūc refert, tùm quia ità *Vlpianus in hac l. si debitor 21.* loquitur, ut etiam de in rem actione explicari possit; tum quia eadem in utraq; militat ratio, ne creditor frustetur; nisi dicere velimus, quod aliquid in actione personali militat ampliùs, dum qui eam dumtaxat habet maiori in periculo versatur.

3 Disputat secundò *Faber* adversùs tex. in *l. quamvis 6. D. de pign. act.* & in *l. si pluret 14. D. de positi* non ob aliud, nisi quia in his quoq; *cautela* pro *cautione* scriptum est: at cum non negetur in speciebus ibidèm tractatis cautelam, aut cautionem præstandam fuisse, vel ex hoc sequitur, quod verisimile non sit, *Tribon.* ut vocem unam mutaret, duo Juris Consultorum Responsa interpolasse.

4 Tertiò disputat adversùs *l. 1. §. pecunia in sacculo 36. D. depositi*, quam ab illis verbis *veniant Repetentes* ad finem usque §. esse à *Triboniano* confictam asserit, sed cum gratis id asserat *Faber*, gratis negandum est, præsertim cum sententia, & locutio nō indigna J. Consulto sit, & clausula illa postrema, *res in ade Sacra deponi, & omni actione depositarium liberari* à verbo *debebit* suprà positū regatur.

At, dicit *Faber*, facit adversùs tex. hunc *Cajus* qui in *l. si plures 14. eod. tit. depositi*, scribit indistinctè restituendum esse præsentibus, & petentibus, si major eorum pars aderit, ità ne sanè? at quid illud est quod idem Cajus adijcit ibi *cautela idonea reddenda*; *Triboniani*, hoc est, Replicat, *Faber* siccinè ergo quod negamus pro concesso assumitur? nos de hoc querimus de hoc dubitamus, quinimò hoc nō esse dicimus, quid si saltem si verba *Triboniani* fuère sententia *Caij* fuit? quę pauló latiùs expressa, à *Tribon.* in epitomen redacta? nam cohærentem habet *Pompon.* in *l. si stipulatus 81. §. si lancem D. de solut.* qui hoc ipsum quod *Vlp. in hac l. 2. §. in sacculo* docuit, Respondens *si lancem deposuerit apud me Titius, & pluribus haredibus relictis decesserit, si pars heredum me interpellet optimum quidem esse, si Pretor aditus jussisset, me parti heredum eam lancem tradere, quo casu depositi me reliquis coheredibus non teneri, Sed & si sine Pretore sine dolo malo hoc fecero liberabor, aut quod verius est, non incidam in obligationem optimum autem est id per Magistratum facere.* ita *Pompon.* qui tandem ad Magistratum vult recurrendum; sed hic quid aliud faciet, quā jubere ut apud ædem sacram res deponatur, ut *Vlp.* consuluit? sane placuisse *Vlp.* hujusmodi apud ædes depositiones ostēditur *l. ei 5. §. fin. D. deposit.* quę ex eodem libro 30. ad edictum, ex quo *lex 1. & §. in sacculo* desumpta, convincit in illo libro, *apud ędem* scripsisse *Vlp.* rem deponendam esse.

5 Quartò contrà tex. in *l. si defunctus 15. D. de procurat.* duo opponit *Faber* primum ex grammaticali observatione ad ea verba *judicatum solvi stipulatione pro suo procuratore data*; At hoc levius est, quam nos movere debeat, nàm quamvis verbum *stipulari* de eo propriè dicatur, cui promittitur, nam qui promittit spondere dicitur, ut ex innumeris constat Juris Consultorum locis, quorum sufficiat unum *Pauli* adduxisse in *l. lecta D. si certum petatur*, & observavit *Conn.* qui de verbo *restipulari* disputat *6. comment. cap. 1.*; adhùc tamen Juris Consultos usurpasse, & scripsisse *stipulari* aliquando pro *promittere*, in *l. casus cond. 9. §. quon. D. si certum petatur, & in l. fin. §. Labeo eod. tit.* advertit doctissimus *Eguin. Baro in princ. instit. de verborum obligat.* planè freqnētissimè apud eosdem: dum de Reis loquuntur dictum invenies *stipulationē interposuisse*, *stipulationem dedisse*. Hinc in *l. eum querebatur 3. D. judica. solvi* legimus *Stipulatione interposita a reo*, & in *l. si quis 3. §. stipulat, sub eod. tit.* scriptum *stipulationem* stipulatam ab eodem *Vlp.* qui in hac *l. 15. D. de procurat.* stipulationem datam scripsit.

Secundum, quod opponit huic legi *Faber* illud est, quod iniquum videatur, ut defuncto

antè litem contestatam Domino, qui iudicatum solvi satis dederat, cogatur Procurator iudicium accipere; Sed huic obiectioni facilis Responsio est, quippè quanquàm lite non dum contestata litis dominus procurator non fuerit effectus *l.4. §. ult. D. de appellatione*, quia tamèn satis datum æquissimum fuit prospici ei; qui satisdationem acceperat, ne deceptus remaneret, ut in simili Respondet *Paulus in kmutus 43. §. fin. hoc eod. tit. de procuratoribus.* Hinc Regula est, quod is, qui aliàs non cogeretur rem defendere, ut procurator est, antequàm lis contestetur, satisdatione tamen interposita cogitur, quod apertis verbis in suo edicto Prætor monuit in *l. filio familias 8. §. 3. D. de procurat.* ibi *procuratorem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente domino iudicatum solvi exposuit, iudicium accipere cogam*, & quanquam deindè Juris Consulti varias exceptiones ad huiusmodi regulâ proposuerint, ut apud eos videre est, nemo tamen illam proposuit, quam *Faber* hic assumit, ut certam, *nisi Dominus fuerit defunctus ante litis contestationem*; igitur ex dictis, si satisdatio interposita obligat procuratorem, ut iudicium accipiat, obligari quoque dominum ex stipulatione si consenserit concludemus, & ex hoc committi ob rem non defensam stipulationis clausulam, satisque esse rem defensam non esse, ut committatur neq; aliud, querendū hinc in *l. hæres 37. de verborum obligat. Paulus* pronunciat, *ad diem sub pœna promissa pecunia, & ante diem mortuo promissore committitur pœna licet non sit hereditas eius adita*, quod tamèn *Vlpianus* multò magis in hac *l. 15.* dum in fortioribus terminis loquebatur dicere, potuit; quoniàm potest aliquid imputari domino in sua specie quod promiserit, se defensum iri per procuratorem, quem non instruit sed insciū, & ignorantem esse maluit, an ut ità adversarium, & Iudicem eluderet? Cæterum cum in huiusmodi stipulationibus sivè pœnalibus, sivè iudicialibus, ità se res habeat, ut statim qnod promissum non adimpletur stipulationis clausula committatur, proindè in *l. si res 12. D. iudicatum solvi* fideiussores teneantur, quamvis is, qui in iudicio vocari debuit, ideò nō vocatus fuit quia cum in Magistratu esset vocari non poterat, & in *l. 3. §. si reus D. de procur.* hoc ipsum quod in *l. 15.* in demente admittatur, ridiculum erit, quod in tot iuris capitibus à Juris Consultis dictū est, & rectè, uno in loco veluti *Tribonianeum* repræhendere, quando cuncti ab unica iuris ratione pendent.

6 Rursùs insurgit *Faber* adversùs §. 1. eiusdem *l. defunctus 15. de procurat.* & cum concedat scriptum fuisse ab *Vlpiano* quod is, qui in communi dividundo iudicio procurator datus est ad agendum, & ad defendendum datus videtur: negat tamen duplicem cautelam interponendam esse, atque ità sibimet ipsi contradicit; dum qui antecedens admisit, debuit etiam, & quod consequebatur admittere, aut si hoc negabat, & illud negare, nam & si verba hæc *duplici cautela interponenda*, adiecta à *Triboniano* maioris explicationis gratia dixeris, attamen id ipsum futurum dupliceemque interponendam cautelam ex dictis in principio §. sequebatur. Quod si ignorabat *Faber*, cur hæc duplex cautela? discere ad debuerat à *Bartolo*, qui tradit hunc Procuratorem; quia satisdare oportebit non solū in causa conventionis, sed etiam reconventionis se defensurum, ideo duplicē cautionem præstiturum; at si huiusmodi expositio ei non placebat poterat alteram invenisse. Ego dicerem huiusmodi procuratorem, quia actoris, & rei partes fungitur *l. iudicium 10. D. finium regun. l. actiones 37. §. strictè D. de obligat.* quà reus est de iudicato solvendo, quà actor rem ratam dominum habiturum cavere, debere, atque ita duplicē cautionem dare. Neque audiendus est *Faber*, qui opponit, quod si de mandato non dubitetur pro ea parte, qua actor est, non cogetur satisdare rem ratam dominum habiturum ex *d. l. unica C. de satisdat. l. 1. C. de procurat.* Nàm cum in quæstione termini habiles supponantur, nemo non videt quod tunc dicatur, duplicem cautionem interponendam esse cum Dominus absens fuerit, undè procurator cavere rem ratam Dominum habiturum debeat.

7 Quintò disputat adversùs *l. si reus 73. sub eod. tit. D. de procurat.* & in ea ait quod cum *Paulus* iā quæstionē decidisset, hoc *Tribonianus* non percipiens, distinctiones quasdam suo more adiunxit, sed hoc commentitium ex ipso contextu constat in quo à *Paulo* dubia quæstio proposita, & propositæ etiam quę erant ab utraque parte dubitandi rationes; quæstio fuit, *si reus paratus sit antè litem contestatam pecuniam solvere, procuratore agente, quid fieri oportet?* Rationes dubitandi inère; quoniàm iniquum est, *cogi eum iudicium accipere, propter quod suspectus videri potest, qui præsente domino non obtulit pecuniā* hęc ex una parte. ex alia, *quid si tùnc facultatem pecuniæ non habuit? nunquid cogi debeat iudicium accipere? quid enim si & famosa sit actio?* hæc *Paulus*, ex quibus si quis decisam quæstionem dixerit, quæram ab eo quomodo decisa? & quid nam sit quod *Paulus* concludit, si respondeat decidisse *non cogi iudicium accipere* replicabo, & ad quid illa verba *propter quod suspectus videri potest?* an Respondet supervacanea, esse & ad rē nō pertinere; Rursùs ea quæ sequuntur *facultatem pecuniæ nō habuit,*

buit, & tursus *quid enim si famosa sit actio* nõnè exceptiones esse videntur quæ firmare possent regulam in reliquis, ut si non famosa sit actio, & si pecunia præsto fuit, cogendus sit accipere iudicium? ergo hucusque indecisa quæstio remanserat, ideòque rectè ad eam decidendam sequitur adhibita distinctione, an ante litis contestationem id acciderit, an verò post; quomodo distinguere I.Consulti passim solent, & huiusmodi depositionem in æde sacra passim admittere, ut in *l.* 1. §. *hi* 36. *&* §. *sequenti in l.* 5. *D. depositi, in l. cætera* 4. *D. famil. ercisc. in l. cum pater* 77. §. *donat.* 26 *D. de leg.* 2. nam, & admittunt Imperatores in *l. acceptam* 19. *C. de usuris.* id verò quod postea sequitur *hoc enim fit, & in pupillaribus pecunijs* non rationem dicti continet; sed argumentum ab exemplo, & à maiori ad minus, undè rectè adaptatur superioribus.

Postremo illud potius ridendum, quam notandum est, quod *Faber* scribit *n.* 29. in proposita specie apud *Paulum* tractatum fuisse, nõ de eo, qui se dicat paratum solvere, & qui pecuniam etiam offerat, ut rectè *Castrensis* admonuit, sed de eo, qui verbo tenùs tantùm se dicebat paratum; ridendum prorsùs; nam illa clausula *pecuniam solvere*, & illa *præsenti domino non obtulit pecuniam* satis convincunt paratam pecuniam fuisse, & oblatam clausola tamen altera illa *ante litis contestationem* non ad verbum solvere, sed ad verbum paratus referenda est.

8 Sed restat ut ad hæc iura, quæ vexat *Faber* videamus quid *Repetentes*, quidq; *Pragmatici* attulerint. Et primò ex tex. in *l. si debitor* 21. *Repetentes cum Bartolo, Baldo*, cæterisq; tum in comment. ad eum tum ad *l.* 2. *D. de usuris rei iudicatæ*, & cum *Iasone in l. si arrogator* 56 *D. de adopt.* Canonistæ quoque cum *Felino in cap. quæreati D. de off. & potest. delegati*, & demum Forenses cum *Postio de subhast. inspect.* 12 *num.* 13. *Antonello de tempore legali lib.* 3. *tit. de mensibus cap.* 13. desumunt concordes, atque ad praxim deducunt, esse concedendam quatrimestrem dilationem his, qui condemnati fuerint, dũmodò tamẽ præstiterint cautionem de solvendo, ut aliàs diximus, & latiùs explicant *Bellonus de potestate eorum, quę incontinenti fiunt lib.* 1. *cap.* 106. *n.* 4. *& Iordanus lib.* 14. *tit.* 4. *de præsump. n.* 286. ex quibus *Antonellus* loco citato, à quorum scriptis apparet oppositum illos sentire eius, quod *Faber* credidit, & docuisse illos hic refert. Cũ tñ Regnicolæ nostri sint illi qui sententias, à Sacro Neapolitano Consilio latas, statim executioni demandandas clament cum *Galluppo in praxi lib.* 3. *tit. de exec. sent. c.* 2.

9 Secundò circa tex. in *l.* 1. §. *pecunia in sacculo D. depositi* adnotant distinguendum esse inter depositum dividuum, & individuum, quãdoquidem mortuo depositario pluribus hęredibus relictis, si dividuũ depositum fuerit, expedita res erit; nàm unicuique pars hęreditaria, quæ ad eum pertinet erit restituẽda, sed si individuum fuerit, poterit quidẽm illud hæredi petenti restitui, dummodò pręstet cautionem pro indemnitate quoad cohæredes suos, ut *Bartolus, Baldus, & Paulus de Castro* docuère, & in foro passim recipi, *Carocius* adnorat *tract. de deposito par.* 1. *sub tit. si uni ex hæredibus n.* 1.

At si res dividua quidem sit, ut pecunia est, sed in sacculo obsignato deposita ut quandoque solet, atque cuiusmodi contingit in specie huius legis, quid faciendum sit, quæri solet, & quoniam quibusdam videbatur, si maior pars hæredum peteret tunc depositum eis esse restituendum: sed cum cautione, quoad cæteros: alijs verò, ut & *Fabro* hic, visum non esse onerandos hæredes dicta cautione, sed sufficere quod maior pars eorum petierit, ideo *Pragmatici* melioribus visum est dubitationes reijcere, & lites resecare ideòque sacculum resignandum aperiendumque coram iudice, aut honestis adhibitis personis, eoque aperto præstandã petenti partem suam, & quod reliquum est denuò, aut apud eumdem depositarium reponendũ, aut in publica mensa, seu Banco ut receptum esse *Carocius* docuit ubi suprà; nam in citata *lege* deponi æde in sacra iubetur, quod id ipsum est, videas *Tiraquell. de retract. u conventi.* §. 4. *Gl.* 7. *n.* 11. *& Afflictum in tract. exec.* §. 7. *cap.* 58.

10 Denique illud apud omnes constat, quod ad depositum repetendum quicunque hæredes actionem habebunt, sive directi, sive fideicõmissarij fuerint, sivè etiam si non hæredes scripti, sed bonorum successores, ut ex vulgatis iuribus scripsit *Carocius* in codẽ tractatu *p.* 1. *tit. de hæredibus*, dummodò si tales esse probent *Capuraquen. dec.* 117. *p.* 2. quod si incertum fuerit, an quis hæres sit, necne, quoniàm, & si talem se esse dicat talem eum esse ab alio negatur, tùnc aut depositarius adhùc apud se retinebit rem depositam, aut Iudici eam exhibebit ad hoc ut ipse locum eligat, ubi res deponi interim debeat *Carocius dicta par.* 1. *tit. si uni ex hæredibus n.* 3.

11 Tertio licet *Faber* tex. in *l. si defunctus* 15. integrè tribuat *Triboniano*, in praxi non dubitatur esse eius dispositionem sequendam, quæ communiter approbata, ut adnorat Exc. *Valdaura observat.* 108. *num.* 2. unde sciendum quod ex dispositione eiusdem legis limitationem afferunt *Pragmatici* post *Bartolum, & Baldum* ad Regulam, quæ vult morte mandantis extingui mandatum, quæ est *nisi is Dominus fuerit, qui præsente, & consentiente Procuratore suo de iudicato solvendo, & iu-* dicio

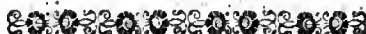
dicio sisti satis dedisset; nam mandatum ob mortem ejusdem Domini, licèt ante litem cōtestatam, postea sequutam non extinguetur; ut *Mising.obser.*84.*cent.*2. *Vera decis.* 188. *& seq.par.* 2. scripsère, quinimò neque his contenti, Plerique alij, illa ampliant, dicentes ex *Magonio decis.Florent.*48.*nu.*15. quod & si Dominus de judicato solvendo, præsente Procuratore non promisisset, sed ipsemet judicium cepisset fuisset; prosequutus, & litem contestatus, attamen si postea procuratorem constituerit, & hic aliquem actum judiciarium fecerit, hoc sufficiet ut cum eodē Procuratore adhùc posteà domino mortuo agi possit, & sententia ferri, eumque pro litis domino haberi, cum tamen Nostrorum nemo sit, qui neget procuratoris mandatum ante litem contestatam, mortuo Domino extingui, secùs post litem contestatam, ut etiam in feudalibus causis *Capic.* admittit *decis.* 186. Cæterùm ad pleniorem materiæ cognitionem videnda quæ scribunt *Guidon Papa quæst.*119. *Hartomannus cap.*2. *tit.de procurat. lib.*2. & qui de hac Regula dubitare voluère *Minadous decis.* 35. Quique hunc sequuntur. At si vel mors domini aut ipsius Procuratoris mors, dubia sit, & incerta quid tunc faciendum *Romanus singul.*218. proposuit.

12 Quartò circà §. *qui communi* hujus legis *si defunctus* 15.*D.de procuratorib.* si *Pragmaticos* interroges esse duplicem cautelam præstandam ut voluit Juris Consultus statim ex *Bartolo, & Baldo* respondent; quoniàm hic procurator in duplicibus judicibus fungitur partibus actoris, & rei, & non unā, sed duplicem personā repræsentat. Undè tanquā Actor satisdare, & rursus tanquā reus debebit, at in his satisdationibus, quandoq; expensas reficete Procurator ipse, quādoq; Dominus debebit, ut est apud *Maratam in suo Speculo par.*6. *tit.& post omnia n.*40. Dicent deniq; esse Regulam, quòd si ad agēdum fuerit Procurator constitutus censebitur ad excipiēdum quoq; & ad defendendum constitutus, licèt non idem è contrà; nàm constitutus ad defendendum non idcircò erit ad agendum quoque constitutus *Romanus d.singul.*166.

13 Quintò ex tex.in *l.si reus* 73. *D.eod.tit.* de procuratoribus, desumunt Nostri post *Bartolum, Baldum, & Fulgosium,* quod is, qui paratus est solvere, non est cogendus iudicium suscipere: ateum quæstionem apud *Paulum* potissimum illud fecisset quod conventus cum præsentem Dominum habuisset, non obtulerat; sed tùnc demùm id fecerit, cum Procurator à Domino relictus judicium agitabat: Solent quidam ex hac occasione de potestate Procuratoris differere, atq; illod potissimùm adnotare, quod Procurator habens sufficiens mandatum, quod gerit nō dumtaxàt nomine Domini constituentis; sed ipsum Dominum gessisse quoad validitatem actus, & effectum, censendum erit, ut Autbor D. *in mellil.* 12. scribit, idvè adeò verum esse, ut si Dominus postquàm Procuratorem in causa constituerit, isque litem susceperit; ad actum aliquem fuerit citatus comparere non teneatur *Lanfranc.Balbus decis.*43. *Mising. obser.* 39. *cent.*2.*Boer.dec.*285. Nisi de notitia aliqua, quæ necessariò ab ipso Domino habenda fuerat, tractaretur, tunc enim non sufficiet eandem notitiam Procuratorem dare, ut adnotat *Decius cons.*460.*num.*33.

14 Quòd si Procurator litem non suscepisset, (non enim cogitur si ipso non acceptante, adeoque absente mandatum in actis fuisset datum *Rota decis.*7.*de Procurationibus in novis post Bartolum cons.*73.*vol.*1. *Hippolitum singul.*637.) tùnc oportebit ut Dominus alium procuratorem constituat, cum vice versa, si quis ut procurator judicium suscepisset, dum talis non erat, poterit Dominus aut contradicere, aut si id maluerit, ratificare; quod & aliquando tacitè eum facere *Tesaurus decis.* 7.*Rota Aven.decis.*79. adnotarunt, & facere posse ait *Mising.obser.*44.*cent.*1.

15 Denique ad illud, quod de famosa actione in hac *l.*73. dicitur poterit observari, quod cum regularitèr in criminalibus Procurator non admittatur, nihilominùs in aliquibus casibus admitti solet uti *Francus* advertit *decis.*314. & rursùs *decis.*327. *Clarus in Pract. crim.*§.*fin.q.*32 *& quæst.*79.*& seq.& Menoch. de arbitr.quæst.*8.*& lib.*2.*casu* 264.



CAPVT XVII.

Afferuntur Iuris Consultis alia Iuris capita

SVMMARIVM.

1 *Afferitur J.Cons.l.si unus ultima D.judicatum solvi, quicquid Faber comminiscatur.*
2 *Item l.domum emi* 57.*D.de contr.emp.*
3 *Item l.servum* 91.*D.de verb.oblig.*
4 *Item l.sed si mors* 13. §.1. *D. de donat. inter Vir.& Vx.*
5 *Item in l.si non videtur* 4.§.*bellissimè D.quod vi aut clam.*
6 *Item tex.ex l.*1.*in fine D.de penu leg.*
7 *Item in l.si is qui ducenta* §.*ult. D.de rebus dubijs.*
8 *Item l.facta* 62.§.*si hæres D.ad Trebell.*
9 *Item l.filius D. ut legat.nom.caveatur.*

10 *Item*

10 *Item §. 1. l. postquam eod. tit.*
11 *Si duo promittantur fieri & per unum satisfit non est opus alterum exequi.*
12 *De stipulatione judicatum solvi.*
13 *Sententia lata contra principalem exequitur contra fideiussorem de judicato solvendo.*
14 *Plura de venditione nulla, ex Pragmaticis.*
15 *De venditione rei sacrae.*
16 *De dando aliquo remedio ei qui actione careat.*
17 *Judex in criminalibus non potest partes concordare.*
18 *De particula disjunctiva, & quo ordine plures substituti admittendi sint.*
19 *An relicta haredi, et obventa, veniant in restitutione fideicommissi.*
20 *De satisdatione, & fidejussione.*

1 Rursùs *Faber* adversùs J. C. nostrorũ Responsa, & primò vexat *l. si unus ult. D. judicatum solvi*, & verba (*nos dicimus semper praevalere rei iudicatae clausulam, eamve solam committi*) *Triboniano* appingit; sed ut solet fallitur, & egregie fallitur, potissimum quia verba credidit prolata de superiori specie, in qua propositum erat clausulas commissas in duabus personis. Cum observare deberet, in illis Regulam quandam apud Juris Consultos receptam à *Scevola* proponi per quam quod dixerat confirmaretur; dixerat namque, non posse in una eademque persona duas clausulas committi, adijcit id adeò verum esse, ut & si concurreret in una, eademque persona utraque clausula, adhùc altera ex eis committeretur, nempè judicati, quae praevalet non alia, id quod etiam *Vlpianus* expressit in *l. cum quaerebatur 13. sub eod. tit. iudicatum solvi*, concludens *placuit evanescere obrem non defensam clausulam*, ità prorsùs eandem sententiam quam hic *Scevola* professus eodem modo loquendi & modo usus qui apud Juris Cõsultos obtinebat, quibus familiaris dicendi forma illa *placuit, receptum est, dici solet, dicimus*, & similes.

2 Secundò insurgit adversùs tex. in *l. domum emi 57. D. de contr. empt.* & iisdem ferè argumentis, quibus in superiori capite adversùs *l. si reus 73. D. de procurat.* usus, tentat, & hunc à *Paulo* abrogare distinctionesque ibidem propositas *Triboniano* appingere, cum tamèn vel illud evincat evidentissimè *Pauli* Responsum esse, quod in principio distinctionis *Neratius* citatur. hoc enim nunquàm fecisset *Tribon.* cuius in more fuit potiùs ea, quae J. Consultorum erant sibi vendicare, quã propria illis referre accepta, tantò magis, quod si alium sui dicti facere Autorem maluisset, cur non potiùs *Paulum* loquentem citrà *Neratij* mentionem, & citationem fecisset? an ei nulla fides adhibenda?

Caeterùm quanquàm de eo casu tractatum esset in principio Responsi, in quo emptor, & venditor exustam domum ignorassent, relatumque fuisset, quod *Nerva*, *Sabinus*, & *Cassius* dixerant, idq; ad commodiorem totius doctrinae traditionem, & ut magis, ac magis distinctio inter totam domum combustam, & partem eius, idest inter priorem, & posteriorem speciem elucesceret, quibusq; in casibus locum haberet intelligeremus; adiecta quoque distinctio est intèr ignorantem, & scientem emptorem, vel venditorem. Et sanè haec distinctio vel ex eo quod scriptum in principio textùs *si ignoraremus*, elici poterat: praesertim quia non sufficiebat à *Paulo* propositam, & decisam quaestionem fuisse de domo exusta, & vendita ignorantibus contrahentibus, dùm facilè quis dubitare poterat, quid dicendum si area cum parte domus remansisset nec integra fuisset domus exusta? quid si alterutro ex contrahentibus sciente, id evenisset? an non in his omnibus prorsùs necessaria *Neratij* distinctio fuerat? an non introspiciendum, an post incendium sequutum remanserit aliquod, quod domus appellatione venire possit, super quo contractus emptionis; & venditionis consistere? Et prima facie videbatur dicendum hic nil actum; quia domo exusta, non aderat quod venditum, quod emptum, & sequebatur, ut contractui locus esse non videretur; At ex adverso, oppositum conclusum est; siquidem cum dimidia exusta proponebatur, domus maior pars supererat, Item & area: hinc dictum cogendum iustissimè emptorem venditionem implere, pretio soluto, detracta tamèn aestimatione, eius, quod ex primo pretio (viri boni arbitratu) ob passum incendium domus decrevit.

3 Tertiò ex eadem coniectura, scil. ex alterius J. Consulti citatione, dicemus quoque quicquid comminiscatur hic *Faber*, esse *Pauli*, non *Triboniani* distinctionem alteram, quae extat in *l. servum 91. D. de verbor. obligat.* nã placuisse eam *Juliano* ibidem dicitur, quod *Tribonianus* nunquàm dixisset; quod autẽ de particulis *siquidem*, & *si ... autem Faber* monet levissimum est, nàm & Iuris Cons. & bonos alios Autores illis usos scimus: ridiculum etiam, quod ait, *Paulum* in tota illa lege nõ nisi de homine promisso, & per promissorem occiso tractare voluisse, non item de fundo sacro, vel religioso effecto; nàm quis ei hoc revelaverit non ostendit; cum tamen tractatum ab eo etiam de fundo religioso, vel sacro effecto, legamus atque tractatum concinnè, & ex optima occasione ut constat in illis verbis, *sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, &c.* actum namque de

re

re non extante,& proximè huic tractatus ille est, de re quidem extaoee, at quæ dari non possit : Cæterum cum exemplū sumatur non solùm à fundo sacro, vel religioso effecto; sed etiam à servo manumisso, vel ab hostibus capto dici oporteret quod si *Paulus* in tota hac lege de servo, qui tradi non possit; quia occisus à promissore fuerat dumtaxat tractavit, hæc quoq; quæ scripta suot de eodē servo ab hostibus capto,aut à domino manumisso à *Triboniano* fuerunt addita.

4 Quartò io *l.sed si mors* 13.§.1. *D. de donat. inter virum*, esto *Tribonianus* quædam attexuerit, ut putavit *Jacobus Cuiacius* 3. *obseru. cap.*10.à quo omnia transcripsit *Faber* hic,rectissimè tamen id egit, & ex *Justiniani* præscripto, qui antiquata , & abrogata dispuogi à compilatoribus iussit in *epist de conceptione Digestorum.*

5 Quintò in *l.si non videtur alius* 7. *§.bellissimè D. quod vi, aut clam* nūquàm,*Faber* clausulam illam, *quod non aliter procedere debet, nisi ex magna, & necessaria causa, alioquin hac omnia officio Judicis celebrari oportet*;à *Tribon.* de suo adiectam osteoder quoniam exploratum est,Juris Coosultos sæpè sępiùs id ipsum, quod quis exequi suo iure posset, melius facturum, & tutiùs si per iudicem exequatur Respondisse, ut ità magis, ac magis politicā quietem sarctam tectamve servarent,hioc idquoq; responsum extat in *l.si stipulanti* 81.*D. de solut.l.si pupillo* §.1.*D.de rebus eorum*,& ab *Imperatoribus* rescriptum *in l.*3.*C.de pignorib.* Ex quibus convincitur similem admonitionē ab *Vlpiano* adijci debuisse, & adiectam fuisse. & hoc magis hac magis confirmant quę doctissimè suo more scribit *Cuiac.obse.*16.*cap.*16. ex quibus defensum etiam volo tex.*in l. ult. Cod. de curat. furiosi* à *Fabro* exagitatum hic *num.* 21.

6 Sextò, quod adversus tex. io *l.*1. *in fine D. de pœnu legata* coniectatur hic *Faber num.*21.
adeo levis est, ut refutatione noo indigeat
ad hæc , & illud quod sub *num.*22. scribit
adversus textom in *l.si.is, qui ducenta* 13.
§. *ult.D. de rebus* facilè refutabitur ; siquidē supponens à *Iuliano* admissum in proposi-
7 ta specie extraneum , aut in torum, aut in
partem idcircò ait à *Triboniano* malè adie-
ctū postea quod sequitur ; *Sed proclivior est testatoris senteatia sic interpretanda , & sive filius, sive filia nati ei fuerint , extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit*; Verùm cum suppositum falsum sit,corruit,& consequentia;constat namque ex textus œconomia dixisse primo Juris Consultū, quod si quis plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, ità compræheodere debere, *illud aut illud fieri spondes , si nihil eorum factum erit tantum dabis*? Deindè cum proponeretur patrē familias in testamēto ita scripsisse , *si quis mihi filius , aut filia gignatur hæres mihi esto, si mihi filius , aut filia hæres non erit Seius hæres esto*, idem J.C pronunciat apertis verbis, non satis voluntatem suam declarasse testatorem, atque ità ionuit coniecturis locum esse,ea proiodè his quæ inferius sunt in eodem Respōso adijcit. Et sanè si *Julianus* id ipsum quod *Fab. num.*23.significare voluisset, non geoeraliter, & indistinctè loquutus foret : sed Dixisset *quia non expressit*, aut *quia non declaravit testator* se oon aliter extrancum hæredem esse velle, quàm si neque filius, neque filia hæres sit;ita autem cum non dixerit certè nō asseveravit, id quod *Fab.* ei imponit esse omninò admittendū hęredem extraneum veluti ooo exclusum à testatore ; sed in utramque partem dubitavit, ut *liber de ambiguitatibus* , ex quo sumptum respoosum est,expostulabat : hioc pro inclusionę extranci ait: *hoc enim modo concipi oportet, si mihi neque filius , neque filia hæres erit; potest autem interdum superior scriptura esse necessaria , si quis cum filium, & filiam habeat utrumque hæredem instituere velit; Sed sive alter hæres futurus sit extraneum miscere.sive uenter extraneum substituere* , ait hæc tamen per modum dubitationis, & ideo si quis pro decisione dicta velit, is temerè invertet œcooomiam huius responsi;& ità agendo in alijs ferè totum ius oostrū invertere poterit, itaq; non decisivè , sed causa dubitationis dicta, ostendunt , geoeralis seotentia suprapositam, *quod non satis voluntatem suam testator declaraverit*; & loquendi modus *potest autem interdùm*, & similia,quibus cum tandem adijciēda conclusio,& quæstionis decisio, hæc adijcitur illis, *Sed proclivior est sententia, &c.* atq; ita Jur.Consultus ut decebat pietatis coniecturā sequitur,& patris voluntatem ioterpretatur, quod & *Papin.* fecit alibi ut adversarius noo potuit dissimulare , & *Julian.* ipse in consimili specie in *l.quidam testam. D.de vulgari subst.*

8 Octavò circa *l.facta* 63. *§.hæres ante D.ad Trebell.* prorsùs nugatur *Faber* ; dum sententiam illam *requirendum tamen , & illud est num cum incremento hæres restituere rogatus sit hæreditatem ; si enim hoc fuerit subsequutū etiam eam hæreditatem restituere cogitur ; nisi evidentissimis probationibus fuerit ab hærede approbatum contemplatione sui fuisse servum, & hæredem institutum* suadere nobis conatur à *Triboniano* adiectam , & malè Jur. Consulti Responso;Nugatur quidem; nàm in specie proposita de hæreditate servo hæreditario obventa, non facile poterat decidi an ipsa quoque restituenda esset ; an verò penes gravatum remaneret, uodè per cooiecturas fuerat procedendum. cum hinc urgeret iuris

ratio,

tatio, quod hæreditas omnis restituenda erat & quod ea quæ à servo aequisita hæreditati accreverant; At in contrariũ faciebat, quod institutus servus videbatur hæredis gratia; Et quia huie coniecturæ poterat respôderi, quod quinimmò credendum esset institutum servum potiùs testatoris gratia fuisse, aut saltèm gratia ipsius servi, & nô hęredis novi domini qui gravatus, & uti ità dicam momentaneus: ideò rectissimè illud temperamentum à Juris Cons. sumptum est, ut secundum Juris Regulas hæreditas servo obventa, & hęreditati aequisita cum hæreditate restitueretur; Cæterũ probationibus ex facto sumendis via non præcluderetur, & ut præsumptio Juris, & de iure, ut aliàs solet, ex facti posset elidi probationibus.

9 Nonò in *l. filio 7. D. ut leg. nom. caveatur* nô alitèr quam per *mediocritatem* dirimi causa poterat; nàm ab utraque parte ratio erat, ut ipsemet *Paulus* ibidem ostendit, & *Accursius* latè explicat; Neque in Juris illa Regula, quæ dictat ab hærede cavendum esse, tàm facilè includi dominus, aut pater poterat digni speciali animadversione, eo quod ipsi potestatem facturi erãt filio, aut servo adversùs se postulandi, quod eum non facilè ab ipsis permissum iri crederetur, ad Juris Consultũ pertinebat cuius proprium cavere est, aliquo modo servo, vel filio prospicere adhibita mediocritate, qua ius suum cum patribus, & dominis, tùm servis quoque, & filijs servaretur, & hoc sanè à J. C. qui mediam quandam sententiam sectari, & temperamẽtũ inde invenire soliti non ab Imperatore qui poterat alterutrum iuri derogare, & nouum constituere, exigebatur. Planè, vel ex eo quod in *hac l. filio cautione non cautela* scriptum extat, poterat *Faber* manus *Tribonianęas* effugisse credere.

10 Tandẽ dicimus ꝙ verba *in §. 1. l. postquàm 5. sub eod. tit. ut leg. nom. cav. a Fabro* exagitata *sub num. 31. Papiniani* esse satis stylus, & contextus convincunt, & de eo quod scriptum est in *l. si quis condemnatus 4. D. de re indicata* quia egimus *Suspicionum libris* aliud hic nonfuerit tractandum, sed illud tantùm admonendum, quod nonnisi insulsissimè ex eo, quod ait *Vlpianus in l. 2. C. de re indicata* perraro fieri, & ex aliqua causa velle ad generalitatem argumenta ducere. Sed rursùs ad hęc vexata à *Fabro* juris capita quid alij dicant investigemus.

11 Et primò circà tex. in *l. fin. D. de ind. solui* adnotatam à nostris invenimus, quod quãdo duo promittuntur, quorum alterum si fiat, menti stipulatoris totaliter satis fit, tùnc reliquum quoq; fieri non opus erit neq; ideo quod non factum stipulatio committitur, ut in criminali iudicio exemplificat *Grammat. dec. 95 num. 3.*

12 Item circa eundem textum adnotatum est, quod & si plura sint, quæ contineat interposita stipulatio *judicatum solvi à Boerio* exposita *dec. 314. n. 3.* per eam tamen nõ fiet novatio nisi fideiussor debitum in se assumpserit adiecto pacto, ne in posterùm debitor conveniatur *Franc. Marcus q. 1062.*

Et demũ fuit adnotatum magis communiter à Nostris quod hac interposita stipulatione de iudicato solvendo eaque commissa,
13 (quod quando contingat docuit *Afflict. dec. 182.*) statim, & absque novo processu sententia lata contrà principalem adversùs fideiussorem executioni demãdabitur, ut scribunt *Magon. dec. Lucensi 92. Mising. obseru. 96. cent. 4. Balbus dec. 136.* modo validè adversùs principalem fuerit pronunciata, ut observat *Francus dec. 400.* Cæterum fideiussori de iudicato solvendo competere quoque discussionis exceptionem idem *Francus* scripsit in *dec. 208. nu. 4. & Franciscus Marcus quæst. 1055. num. 13.* eique vice versa si solverit dãdam adversùs principalem paratam executionem dixit *Balbus dec. 136.* non obstante, quod principalis appellationem interposuisset, si de illa fideiussor notitiam non habuerit cum solveret. *Magon. dec. Lucensi 92.* quod de facili potest contingere, nam in sententia ferenda contrà debitorem non esse fideiussorem citandum, quoniàm iudicium cum eo nó agitur; affirmant *Practici* post *Rebuffum in Constit. Regni tract. de lit. oblig. art. 5. Gl. 9. nu. 9.* qui & illud addit ibidèm quod non teneatur is qui fideiussit de iudicato solvendo ad augmentum post iudicatum.

14 Secundò circa tex. *in l. domum cmi 57. de contr. empt.* quamvis *Neotericos* plura dixisse post *Hotomanum lib. 1. observ. 34. Robertum recept. iuris civ. lect. lib. 1. cap. 16. Cuiacium 9. obseru. cap. 17. & Eman. Suarez lib. 1. obseru.* inueniatur, attamèn *Repetentes* planum illum & facilem habuère, ut videre est penès *Bartolum, Baldum*, aliosque citatos à *Decenna regula 204* eisque assensi *Pragmatici* illius dispositionem ampliantes dixère posse emptionem consistere non solum in rebus illis quas credimus in rerum natura existere; sed etiam in illis, quæ dubium exitum sunt habituræ, & incertum eventum; ideòque ignoratur an extent, & an sint exituræ *Ozasch. decis. 95. n. 3.* fatentur tamen venditionem nullam esse, si in corpore dissentiatur, aut res una pro alia vendita, vel supposita fuerit, *Natta cons. 175. tom. 1.* Et quamvis emptor in bona fide esse præsumatur eo quod venditori credat *Guidon Papa quæst. 24.* Attamèn si in emptione facienda non servavit quæ servari solent, & pro sua parte quoque, malam fidem intervenisse supponitur idè *Ozasch. dec. 180. num. 10.* qua ab emptore non admissa tunc cer-

certum quod si res vendita vitiosa reperietur tres actiones ei competant, scil. redibitoria intrà annum, quanto minoris infrà sex menses, & in factum infrà menses duos, ut docuit *Azo* in summa *tit. de adilitio edicto.* Sicut & quando venditor, cum posset, in mora fuerit tradendi idque facere distulit ad interesse adversùs eum agi posse monuit *Afflictus decis.* 280.

15 Tertiò ad tex. in *l. servum* 92. *D. de verb. obligat.* adnotatum est ex *Glossa in* §. 2. *instit. de inut. stipulat.* & *Tepata lib.* 2. *tit. de contr. empt.* de iure civili rei sacræ venditionem valere inter ignorantes, licèt non valeat stipulatio, eo quod in venditione non sit necesse transferri dominium, quod certò rei sacræ non potest, cum tamen transferri in stipulatione oporteat.

16 Quartò ad tex. in *l. si alius* 7. §. *bellissimè D. quod vi, aut clam Repetentes* omnes & si velint, agenti ex vi, exceptionem de vi opponi posse post *Bartolum*, ibidèm, & *Pancirolum* in *addit. ad Bartolum*, & post *Jasonem l. cum possidere* §. *qui ad nundinas vers.* 4. *nota D. de acquir. possess.* adhùc temperamentum in tex. propositum admittunt, & laudant. Unde ab illis edocti *Pragmatici* eo utuntur in foro; & passim clamant Iudicis officio succurrendum ei, qui alicujus rei restitutionem sibi petat fieri, quamvis actione careat, dummodò antè occupationem se possedisse probet *P. de Ravenna singul.* 762. *Ozaschus decis.* 40. *Guidon Papa qu.* 292. & 362. ideòque implorandum semper eundem officium in fine cujusque libelli *Practici* monent cum eodem *Guidone Papa*; nàm non impartitur, nisi imploretur si mercenarium sit, ut quidam vocant; *Bellamera conclus.* 714. *num. fin.* & si in aliquibus casibus hoc limitari fateantur post *Hartamanum cap.* 1. *tit. de iudiciis*. Cæterùm quotuplex officium Iudicis sit *Glossa* magistralis docuit ad §. *præterea inst. de action.*

17 Verùm enimverò quamvis suas partes Iudex interponere debeat: attamèn si de criminalibus iudiciis tractetur, & delictum verè fuerit perpetratum, non alitèr in concordando, sed in puniendo Iudex se Interponet, ut ait *Ozaschus decis.* 15. *num. fin.* nàm ut *Bartolus* adnotaverat ad *l. furti* 6. §. *qui iussu D. de his, qui notantur infamia*, Iudex non potest cogere partes ad transigendum, minùs ad pacem faciendam, nisi pro quiete publica, atq; ita, motus ratione aliqua politica magis, quam legali.

18 Quintò ad tex. in §. *fin. l. si is, qui ducenta* 13. *D. de rebus dubiis* vulgares Interpretes & si in ratione reddenda, cur disiunctiva in proposita specie pro coniunctiva fuerit accepta, varient, nàm *Accursius* id speciale fuisse propter votum parentum scripserat quod *Cumano*, & *Soccino* placuit: displicuit tamèn *Bartolo*, & *Castrensi* qui alitèr rem exposuère; attamen circà textus sententiam nullam habent difficultatem, sicut neq; *Pragmatici*, qui tamen in affini quæstione de admittendis ad substitutionem, simul, aut ordine, vocatos per disiunctivam, plura solent adnotare post *Peregrinum de fideicomm. art.* 18. *num.* 24. & alios. Solent quoque & hi in ea quæstione an si testator plures instituerit, eis quæ piam causam substituerit, si unus rantùm ex institutis moriatur, statim ad illius portionem pia causa admittetur, an verò omnium mortem expectari oporteat, affirmare ex *Mantica de conject. ult. volum. lib.* 5. *tit.* 15. *num.* 38. statim piam causam ad mortui portionem admittendam esse, sed hoc nisi, aut ex verbis (quoniam *ex. gratia* novissimo decedenti substituerit, ut in *l. si pater* 25. *D. de vulgari*) aut ex apertis conjecturis, vel ex speciali aliqua provisione, ut in hoc nostro §. *ult. l. si, qui ducenta* testatorem alitèr voluisse apparebit.

19 Sextò ad text. in *l. facta* 63. §. *si ante D. ad S. Cons. Trebell.* adnotàdum erit, quod & temperamentum illud (*nisi evidentissimis probationibus fueris ob herede probatum contemplatione sui fuisse servum institutum*) sivè I. Consulti fuerit, ut fuisse probavimus suprà, & evinci potèrit ex iuribus ab *Accursio* in hoc eodem §. *si antè lit. G.* adductis, sivè à *Tribon.* adiectum, ut contendit *Faber*, adeò placuit *Interpretibus*, & *Pragmaticis*, ut eo ad plurimas quæstiones decidendas passim utantur; nàm si quæratur, an fideicommissa, vel legata obventa hæredi gravato ex alterius testamento veniant in restitutione? licèt pro Responsione plures casus distinguant penès *Fusarium de fideicomm. substit. quæst.* 649. & *seq.* summā tamèn distinctionē faciūt in videndo an contemplatione hæredis, an verò testatoris legatum obventum sit, quod similitèr, & in bonis obventis ex substitutione vulgari passim admittunt, cum eodem *Fusario q.* 653. vel ab aliis substitutionibus, de quibus idem in sequentibus quæstionibus. Et si aliàs Regula sit, quod acquisitum ab hærede ex propria industria, licèt ex bonis hæreditariis, aut eorum occasione, in restitutione non veniat, ut appositè declaraverūt *Mantica de conject. lib.* 7. *tit.* 8. *num.* 19. *Peregr. de fid. art.* 6. *nu.* 39. *Cravetta*, *Paris. Preta*, & reliqui, cum quibus *Fusar. q.* 627. *num.* 2. & 6.

20 Denique ad *l. filio* 7. *D. ut legat. nom. caveatur* observant Nostri, quòd sępè ad hujusmodi medioeritates debet Iudex devenire, addentes satisdationi lege remissæ cautionem succedere, esseque differentiam inter unam, & alteram, quod cautio non aliud sit, nisi ex promissio sub hypotheca bonorum, nullo dato fideiussore, at satisdatio, dato fidejussore,

re,ut *Accursius ad d. l. 7. Bartolus, & Aretinus ad l. fin. eod. tit. ut leg. nom. Cagnolus ad l. libertus D. de reg. juris*, & *Practici* passim docuere.

CAPUT XVIII.

Defenditur recepta lectio in §. qui servum l. hujusmodi 84. D. de leg. primo.

SVMMARIVM.

1 *Fabri conjectura.*
2 *Expositio recepta lectionis in §. qui servum l. hujusmodi 84. D. de leg. 1.*
3 *Quid Accursius, & Repetentes.*
4 *Quid Pragmatici.*
5 *Qui rem suam aut sibi debitam emit, pretium non tenetur solvere, & solutum repetit.*
6 *Ex quibus juris Regulis id pendeat.*

1 QUod non percepit *Faber*, statim dispũgit in §. *qui servũ l. hujusmodi 84. D. de leg.* 1. agitur in tex. de eo, qui servum legatum ignorans, eundẽ ab hærede emit, & tres species distinguũtur, in quarũ tertia, verũ quidẽ est de eo tractati, qui egit antequã sciret servum sibi legatum esse, sed verum tractaturi de eo qui agit ad hoc, ut vẽditor traderet, quiq; vẽditionis perfectionẽ imploraret; non autẽ de eo qui prophetã agens ad pretij restitionẽ agebat, antequàm sciret legatum sibi servum fuisse, ut *Faber* credit, qui ideò versiculum totum à textu dispungit contrà omnium Codicum, & librorum fidem, & contra perspicuam rationem.

2 Itaque ut rectissimè se habent tex. verba, sic species ponenda est: Titius à Sempronio Caj hærede, servum emerat, ignorans sibi eũdem servum legatum à defuncto Cajo fuisse, pretio exsoluto, dum tradere servum venditor detractabat egit ex empto adversùs eum, & dum judicium prosequebatur, comperit legatum sibi servum quem petebat fuisse. Hinc ex testamento etiam egit, & sibi dari petijt: hoc facto dubitabatur an statim judicium ex empto priùs cæptum cessasset, & condemnato ex hoc secundo judicio hærede à primo absolvendus esset: & Respondet disertissimè *Julianus* non alitèr absolvi à primo judicio conventum hæredem oportere, quàm si pretium restituerit, & hominum actoris fecerit: atque ita, si non utrumque fecerit utroq; judicio condẽnandũ fore supponitur: hæc autem adeò plana, adeò distinctè proposita sunt, ut nesciam qua de causa tàm miserè *Faber* in ipsis explicandis aberraverit.

3 *Accursius* tamen *Bartolus*, & *Repetentes* planam hanc *legẽ* habuere, & distinctis tribus casibus ut supra, & ipsi concluserunt eum qui servum sibi legatum emerat, & servum, & pretium habiturum; pretium quidèm si ignorans illud venditori solvisset, aut si saltem non adhùc solvisset.

4 Hinc *Practici* adnotare solent, quod
si quis rem propriam emerit, ad pretij solutionem non tenebitur, & si promiserit, illud
quinimmò si solvisset recuperabit, ut *Petrus*
5 *Benint.* differit *decis.* 5. Quod autem dictũ de
re propria, ad rem debitam aliqua ex causa
protrahendum plerique cum *Natta* volunt
cons. 384. *num. fin.* aut si is cui rei restitutio facienda est eandem rem emerit, ut
Bartolus docet in *l.* 122. §. *duo fratres D.*
6 *de verbor. oblig.* Horum autem omnium Ratio ex duabus Regulis pendet. Prima quod
emptio rei suæ non valet *l. ei à quo* 21. *D. de usucap.* Secunda quod ab eo, qui ignorans
rem suam emit, res ipsa abesse dicitur; quoniam pretium illius abest *l. Labeo* 14. *D. de verborum significat.*

CAPUT XIX.

Retinetur Recepta lectio in l. 4. D. de Regula Catoniana.

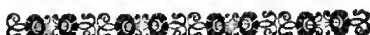
SVMMARIVM.

1 *Cujaciana emendatio ad hanc l. 4. D. de reg. Cat.*
2 *Item Fabriana.*
3 *Vera expositio hujus legis.*
4 *Quid Repetentes.*

1 ET si *Cujacius* mutata lectione recepta, & pro voce *hæreditates* reposita voce *libertates* contenderit ad hæreditates pertinere Regulam Catonianam, attamen quia pluribus ex rationibus cum ab antiquis, tùm à *Recentioribus* collectis, probatur Catonianam Regulam ad hæreditates non pertinere, concludendum erit pro lectione recepta in *l. 3. D. de reg. Caton.* Verũ cũ de illius explicatione plura scripserit *Marcus Linklema* 7. *membranorum egloga* 6. §. 1. plura etiam acutissimus *D. Hieron. de Oroz. de Apicibus juris*

lib. 1. cap. 9. & passim actum agere nobis non visum est, contentis admonuisse quod & si id quod ex *Ulpiano* legimus in *l. 4. eod. tit.* adeò vehementer *Fabrum* hic movit, ut receptæ
2 lectioni manus intulerit, & contrà omnium librorum fidem deleverit vocem illam *Conditionales*, atque ità ineptos reddiderit prorsùs compilatores qui quod in præcedenti Responso ex *Papiniano* iàm dixerant tædiosè denuò ex *Ulpiano* recantant: attamen nos turbare non debet. Siquidem non
3 ex eo, quod scriptum fuerit *Catonianam Regulam ad Conditionales institutiones non pertinere*, sequetur & rectè argumentum, ergo ad puras pertinebit, obstantibus nimirùm expressis iuribus, quæ huiusmodi à contrario sensu illationem respuunt: Quod si dixeris, quid ergo opus *Ulpiano* admonere Catonianam Regulam non pertinere ad institutiones conditionales, si iam fuerat dictum ad institutiones non pertinere? Respondeo quam maximè opus; quia in eadem Regula Catoniana dum pura legata a conditionalibus discernebantur aliquis de facili idipsum in hæreditatibus suspicari potuisset, & quod dictum erat, non pertinere Regulam Catonianam ad institutiones de puris institutionibus explicare: de conditionalibus verò aliter existimari; Id autem ut evitaret *Ulpianus* ad *Sabinum* adnotavit, quod in *d. l. 4.* scriptum est. Cæterùm poterit alia, & forsan meliori ratione recepta lectio defendi, & hæc illa erit, quam attulit *Osualdus in notatis ad Donellum 8. comment. cap. 13. lit. E.*
4 Sed quæ hic *Faber* de Regula Catoniana tractat, nullam apud *Pragmaticos* inveniunt gratiam, siquidem huiusmodi disputationes tanquàm subtilitates inanes relinquunt: Interpretes verò antiquiores post *Bartolum in l. si optio D. de opt. leg. & ad l. 1. hoc tit. Baldum in l. servus in fine C. de leg. Paulum de Castro cons. 82.* Et *Neoterici* ferè omnes, excepto *Balduino ad §. in extraneis inst. de hered. qual. & diff.* & *Roberto primo animad. cap. 13.* adversùs *Fabrum* stant, & pro communi sententia differunt post *Cujacium 4. observ. 4. Donellum 8. comment. cap. 13. Hotom. 2. observ. cap. 17. Revardum ad l. penult. de re jud. Mateacium lib. 2. epit. leg. cap. 10.*





CAPUT XX.

Defenditur §. si quando l. 3. D. de jure Fisci, à Fabriana Calumnia.

SUMMARIUM.

1 *Explicatur textus in §. si quando l. 3. D. de jure fisci adversùs Fabrianam Conjecturam.*
2 *Regula Catoniana in plerisque alijs locum non habet præsertim in tutelis.*
3 *Item in legatis, in quibus causa retrotrahitur.*
4 *Item in legato usufructus.*
5 *Item quando impedimentum est verum.*
6 *Item in legato facto ei qui tempore mortis invenitur capax.*
7 *Item quando non datur medium inter mortem, & aditionem.*
8 *An in fideicommisso universali? anceps quæstio est.*

1 Quod potissimum à nobis in hoc capite faciendum est non aliud erit, quàm demonstrare in *§. quando autem l. 3. de jure fisci* nullum facinus fuisse à *Triboniano* admissum, quanquam asseveret id *Faber n. 6.* hoc autè statim consequemur, si advertant lectores, nequaquàm apud *Callistratum* ibidem disputatum fuisse generalitèr quæstionem, utrum consilium fraudis, an potiùs exitus attendi debeat? quoniàm hoc stantibus apertis Iuris Regulis non debuerat in disputationem venire; sed potiùs illud investigatum, an consilij præstiti tempus, an potiùs eventus esset considerandum; ita namque verba illa indicant apertissimè, *quando autem frans interposita videatur.* Et rursùs *mortis verò tempore capere poterat.* Hinc rectissimè conclusum fuit exitum esse spectandum, idest exiti tempus, ideoq; conclusio, & decisio benè quæstioni Respondet.

Sed cum reliqua, quæ dici possunt ad rem adnotata ab *Osualdo in notatis ubi supra lib. 8. cap. 13. lit. C.* & ab *Orozio in suo de Apicibus Iuris lib. 1. cap. 7. à num. 6.* fuerint, nil aliud remanet quam illis addere quod ad-
2 huc & in aliis pluribus, locum Regulæ Catonianæ minimè esse vulgares Repetentes voluerint; nàm in tutelis locum non habere, sentière post *Bartolum in l. si nemo quæst. 1. D. de testamentaria tutela*, & *Cujacium lib. 15. quæst. Papin. ad l. 3.* licèt adversetur *Orozius*
3 *ubi supra cap. 11.* itèm in legatis illis, in quibus

bus cessat impedimentum ex causa, quæ
4 retrotrahitur. Item in legato usufructus post eumdem *Bartolum* in *l. servum filij in principio D.de leg.1.* aliosque. Hinc non ad omnia legata Regulam Catonianam pertinere concludunt,ut rectè explicat idem *Orozius supra cap.7.* Item quando impedimen-
5 tum verum est non autem per Iuris fictionē subesse constiterit *Bartolus in l.non quacumq;*
6 *§.1.D.de legatis 1.* Itèm in legato facto uxori, aut Forensi prohibito accipere per statutum: nàm si tempore mortis fuerit capax, licèt tempore testamenti non fuerit, adhùc integrum legatum accipiet, *Bartolus in l.fin. colum.ult. verf. aliter accipio D.hoc tit. Dinus in Rubr.de legatis Fr. Aretinus in l.2. de vulgari, & pupill.*
7 Denique Regula Catoniana locum non habebit quando non datur medium inter mortem, & aditionem ut dicit *Bartolus* ubi suprà in citata *lege si optio, & in l.prima colum.2.D.hoc tit.de Reg.Cat.*
8 An autem Regula hæc in fideicommisso universali locum habeat quæstio est; nàm *Glossa* videtur affirmasse in *l. Catoniana D. de Regula Catoniana* at contra *Bartolus* disputat ibidèm, & negat ut negat quoq; in relictis filio spurio, contra eamdem *Glossam*. Vide tamen *Baldum* in *l. eam, quam 9. colum. verf.quæro C.de fideicom.*

Finis Libri Duodecimi.





D. HIERONYMI BORGIÆ J.C.

INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER DECIMVSTERTIVS.



CAPVT I.

Rursùs de eadem quæstione, quæ lib. 1. cap. 16. tractata est, an scilic. dos profectitia soluto matrimonio, revertatur ad Patrem, & an filiafamilias in illa habuerit olim habeatque hodie hæredem.

SVMMARIVM.

1 *In hac quæstione, persistimus alias à nobis in proposita sententia.*
2 *Contraria Fabri opinio.*
3 *Fabri assertioni quando locus.*
4 *L. 5. D. de divortijs non pertinet ad præsentem quæstionem.*
5 *Item neq; l. filia mea emancipata.*
6 *At faciunt l. vult, D. ut leg. nom. cau. & l. illa C. de collat.*
7 *Reicitur Fabri Obiectio explicata l. si inter 26 D. de pactis dotalibus.*
8 *Respondetur ad l. Bebius 30. D. de pact. dot.*
9 *Explicatur l. generaliter C. de sec. nup.*
10 *Quid Repetentes, & quid Pragmatici præsertim Neapolitani apud quos filiafamilias nubens fit sui iuris.*
11 *Quidam ex Interpretibus vulgaribus cum Fabro sentiunt.*
12 *Mulier nubens exeundo de patris potestate transit in familiam viri.*
13 *Fit Civis at non gaudet ut Neapolitana, Extera nupta Civi si de facultate testandi quæritur.*
14 *Mulier liberata è patris potestate ob matrimonium an Vidua effecta iterum in potestatem reincidat.*
15 *Nostra sententia.*
16 *Etiam inspecta Neapolit. Consuetudine.*

1 ET si non ignoremus propositam quæstionem satis superque implicitam, & variè ab Interpretibus nostris tractatam, adhùc tamèn stamus Constantissimè in eadem sententia, quam veram esse demonstrauimus *lib. 1. cap. 16.* & decedente filia familias in matrimonio quamvis supersint liberi dotem ad patrem, à quo profecta fuerat reverti contendimus; Cæterum si non in potestate, sed ma-

materfamilias effecta decessisset, & testata, eum habituram hæredem, quem suo testamēto elegisset non inficiamur, dummodò filios, quos habet, portione legitima non privaverit *l. quoniam C. de inoff. test.* aut iustè exhæredaverit, sivè adiecta causa, ut nostri volunt, præterierit; sed si intestata moriatur, reverti etiā in hoc casu ad patrem superstitem, à quo emācipata fuit, vel ad eius heredes, si patris morte de potestate exierit, dotem ipsam contendimus, singulis tamen (iure digestorum inspecto) quintis apud maritum pro filiorum numero relictis, ut nos docuit *Vlpianus in fragmentis tit. 6. de dotibus.*

2 Sed in cōtrāriū insurgit *Fab.* & ut distinctionem destruat, obijcit, profectitiam dotem facere nomen patris, non ius potestatis *l. profectitia 1. §. penult. D. de iure dotium*, quod etiā *Goveanus* proposuerat *ad l. 6. D. ad l. falcidiā*, & hinc non esse distinguendum inter emancipatā, & filiamfamilias cōcludit quo ad propositam quæstionem; sed hæc obiectio non difficile diluitur, dum admittamus Regulam; sed consequentiā ab ipsa eatenùs currere velimus, quatenùs intestata mulier decesserit; nā tunc fatemur idem esse, ac si filiafamilias decessisset. Cæterùm si testata fuerit obstabit à patre profectam dotem fuisse, nàm nullo iuris loco probatur, mulierem emancipatam de profectitia dote testari nō posse, cum è contrà ex pluribus colligatur oppositum. hinc & ea quoque quæ suggerit *Faber num. 7.* corruunt; dum verum quidèm quod intestata mortua emancipata dos ad patrem non uti hæredem, sed iure profectionis revertitur; ideoq: parum interesse, quod nō filiafamilias decessisset: at hoc ipsum faciet ut cum testata fuerit de dote, hæc ad eius hæredes perveniat, nam dotis profectio eam potestatem non adimit à filia quam uti emancipata, alioquin habebat.

3 Ex his autem apparet, quod ea omnia, quæ *Faber*, vel ex *Cuiacio*, vel ex aliorum scriptis hic congerit, ad hoc ut probet; mutata ea sententia, quam uti veram olim nobis tradiderat (*emancipata mortua dotem reverti ad patrem, à quo est profecta*) si de intestato mortua tractetur, libentissimè admitti possunt nec adversātur, Cęterùm tex. *in l. pater 71. D. de evict. et in l. si ab hostib. D. soluto matrimonio* alitèr interpretandos esse alibi ostēdimus in *Suspicionum libris*, aut saltèm id quod dicitur in dicta *l. pater 71.* : *uno casu dotem reverti*, explicandum erit in *uno casu* scilicet cum intestata decedit filia.

4 Non tamen rectè eos agere arbitror, qui in præsenti quæstione iuribus in *l. 5, D. de divortijs, & in l. filia mea 59. D. soluto matrimonio* utuntur, vel veriùs abutuntur: & ratio quæ movet illa est, quod in his legibus non redit dos ad patrem ex juris communis dispositione de qua nos agimus, sed ex hominis facto, nempè ex pacto interposito, & conventione, id quod ex eo palàm fit, quia *Vlpianus in d. l. 5.* ait; *si filia emancipata idcircò diverterit, ut maritum lucro dotis afficiat, patrē fraudet*, & hoc non alitèr evenire poterat, nisi supponatur inter contrahentes pàctum fuisse, ut soluto matrimonio per mortem ad patrē, soluto per divortium ad maritum dos perveniret; alioquin & si centies divertisset mulier, quomodò maritum dotis lucro potuisset afficere, patrem privare? quod si opponas cautum in iure, ut sempèr, quod p divortiū matrimonium solveretur dote pater fraudandus veniret, hoc te primum probare oportebit; deindè, & si admiserim, adhùc urgebit coniectura de pacto interposito in proposita specie; nàm esto fraudaretur pater ex divortio sequuto, non tamèn lucrum captaret maritus, sed dos penès ipsam filiam, aut eius hæredes, ut in *l. filia mea 59. D. soluto matrimonio* remansisset; at Juris Consultus idcircò ait divortium factum, ut utrumque ageretur, nempè ut dote fraudaretur pater, eamque maritus lucraretur: igitùr id ex pacto nasci fatendum erit.

5 Similitèr in *d. l. filia mea 59.* non opus fuisset mulieri divertere, neq; opus marito divortium ei mittere, ut dotem posset à patre auferre, & ad alios transferre; Cùm id rectè facere mulier potuisset instituendo eos, quos hoc lucro volebat afficere (an dicemus mulierem emancipatam si in matrimonio sit, testari non posse? & tùm posse, cum soluta à marito fuerit, quasi nuptiæ obstarent testamentorum factioni?) Ergò dicendum erit, id non tā iure fuisse, quam pacto cautum, ut si in matrimonio decessisset mulier, de dote nō disponeret, è contrà si soluta disponeret; hinc maritus, cum ægram videret, ut facultatem illi daret, & commodum disponendi, patremque fraudandi, divortium misit, ut ità soluta mulier quem vellet lucro dotis afficeret.

6 Faciunt tamen ad præsentem disputationem tex. *in l. ult. D. ut leg. nomine caveatur*, & in *l. illam 19. C. de collat.* at quia de ipsis in sequenti agemus capite, nunc illud interim admonemus, quod circumscripta nostra sententia, qua non alitèr remanere integram dotem emācipatæ filiæ apud maritum, aut apud filios, quàm si testata in ipsorum favorem ipsa fuerit (modo de iuris non de partium dispositione tractemus) adhùc minus verè *Fab. num.* 12. scripsit, remanere dotem, non liberis tamen acquiri, sed lucro mariti cedere; quandoquidem liberis ipsis acquiri, quod retinetur, & à liberis retineri certo certius est.

7 Neq; officit, quod movet *Faber ex l. inter 26. §. 1. D. de pactis dotalibus*; nàm primò ita ibidèm Responsum est, quia ex pacto inter contra-

trahentes inito agebatur, nec quæstio erat in terminis nostris, in quibus quid de iure sit dicēdum citrà nullum pactū, disquirimus. Deindè non quærebatur ibidèm an mariti lucro cederet dos quam ob filiam retinuerat: sed an filia, quæ matri pro parte fuerat hæres, patri verò ex asse, rectè apud divisionis arbitrū, dotis perperam à patre solutæ præceptionem desideraret; & faciebat dubium. non quod pater esset Dominus dotis, quam lucratus erat, ideòque posset, utcunque de illa disponere; nam falsum hoc fuisset, & inepta dubitatio, item perperam de potestate patris tractatum quando per errorem ab ipso dos soluta proponebatur. Sed illud movebat dubium, quòd cum filia patri hæres fuisset, firmum, ratumque habere, quod ille egerat, debebat; undè, & si tamquam ad se spectantem dotem à patre malè solutam dicere potuisset, & iterū petere, attamen postquam adijt patris hæreditatē, confusione hoc ius amisisse videbatur, non enim tùnc *Iustinianeum* inventarij beneficium in promptu fuerat; Verum quia apud arbitrum res agebatur, & bona fide, rectè filiā desiderare præceptionem visum est *Papiniano*, qui concludit in familiæ divisione præcepturam ab hæreditate matris eam primùm dotem, quæ cum ex pacto filiæ deberetur, malè pater restituerat, deinde reliquum hæreditatis cum hæredibus partitutam.

8 Similiter respondendum erit ad *l. Bebius D. de pactis dotalibus*, dicendumque in ea dotem ad maritum perventam ex pacto, & stipulatione; ideoque tractatam speciem non pertinere ad nostram quæstionē ex eo autem quod dotis retentionem ex pactis, & stipulationibus elicere tam attentè Juris Consultus conatur Nemo non videt citrà stipulationes, vel pacta maritum dotem non retenturum.

9 Ex his ergo cum constet veteri iure obtinuisse, ut de ea dote, sivè, ut verius est, de ea dotis parte, quam ob liberos retinebat maritus disponere non posset sequitur, quod *Theodosius* Sanxit *in l. generaliter 5. C. de secundis nuptijs*, ad alia bona ultrà dotem ad maritum perventa ob liberos pertinere: nàm de dote id in dubium non revocabatur, ut ostendunt verba ipsa Imperatoris. *Nec interest, si alter pro marito donationem ante nuptias, vel pro muliere dotem crediderit offerendam* à quibus intelligimus iubere, ut non sufficiat, quod maritus, & mulier offerant, adeoque servaverint filijs dotem receptam, aut donationē ante nuptias: (quod utique debebāt) sed oportere, ut omnes, & quascunque res eorum causa ad ipsos coniuges perventas eisdem filijs servent, & sanè illud est, quod novitèr constituebatur.

10 Sed quamvis quid senserint in proposito de potestate mulieris filiæfamilias in dote profectitia *Pragmatici* post *Repetentes*, adnotaverimus *lib. 1. cap. 16.* quoniam placuit *Fabro*, & hic iterùm de eadem materia tractare, placet, & nobis his quæ ibi dicta nonnulla adijcere. Et primò quod apud eos qui in foro Neapolitano sunt vix huic quæstioni locus esse possit quippè per Neapolit. Consuet. in scriptis redactam, incipientem: *Sed & mulier sub tit. de filiafamilias nubente*, iàm cautum est, ut filiafamilias statim ac nuptui traditur de patris potestate liberetur ex quo sequitur apertissimè quod decedente ea in matrimonio testamentum possit servatis servandis condere, ut advertunt *Neapod.* & Cōmentatores alij ad citatam *consuetud.* agnoscētes quidē illam se opponere J. Civilis Regulis, & præcipuè traditis in *l. si uxorem. C. de cond. inser.* at apud nos nihilominus vigere *Frāc. dec 552.* & ad eū Addentes, qui dū testari quoq; mulierem de bonis sitis extrà territoriū posse advertūt, in hoc melioris cōditionis esse filiamfamilias nuptā, quàm filiū dicunt; nam illa generalitèr habilitatur ad testandum, hic nonnisi in aliquibus, & certis bonis, puta in positis intra destrictū *Barbatus de fideic. par. 2. cap. 5. n. 105. Minad. in const. in aliquibus not. 3. n. 20. Molfesius ad consuet. p. 3. tit. de success. ex testamento quæst. 24. num. 11.* alijq; adducti ab *Altomare ad Rovitum cons. 44.* & si aliud visum quibusdam fuerit, illusis à *Cephalo cons. 256. lib. 2.*

11 Secūdò, quod si de iure communi quæratur an mulier filiafamilias de dote profectitia disponat, sunt & inter *Pragmaticos*, qui hoc ipsum, quod *Faber* sentiant inter quos *Giaccharus* est in additione *ad Clar. in §. testamen. q. 5. lit. G.* post *Cephalum cons. 256.* idipsum, & volentes in dote adventi[t]ia; Unde iactant quod mulier in dote advētitia, & profectitia, licèt successorem habeat ab intestato, non potest tamèn ex testamento hæredem habere, eo quia testari non potest *Joannes Diletus de arte testandi tit. 1. caut. 1. Vivius commun. opin. lib. 1. in vers. filiusfamilias n. 4. Grassus lib. 1. recept. §. testamentum q. 23. num. 3.* & notat *Harprectus ad Clarum in §. testamentum q. 18. num. 18.*

12 Tertiò addendum, quod mulier de patris potestate per matrimonium libera, transit statim in familiam viri, quod verum non dumtaxat quoad potestatem, quia sub illius tutela ponitur, cum alioquin fœminas sempèr sub tutela fuisse satis luculenter, & suprà eruditionem suam ostenderit *Reg. Consiliarius Roccus Responso 98.* sed etiam, quoad agnationem, & cognomentum; nàm & hoc à viro assumet eiusque cognomine, non patris deinceps inscribetur *Cacher. dec. 127. num. 1* & alij, ut proindè appellatione paternæ fami-

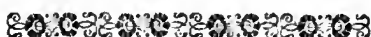
miliæ in ultimis voluntatibus non contineri dixerit *Menochius conſ.* 159. *num.*50. *lib.*1. id quod (ſaltem juxtà communem loquentium uſum) admiſit doctiſſimus *Reg.Galeota lib.*1 *contr.*13.

13 Verùm enimverò quamquam ex his deducant Plerique, nuptam mulierem de viri patria fieri; ideòque gaudere privigelijs conceſſis Civibus in patria mariti ſui, ut ſcripsère *Theſaurus deciſ.*123. *& Reg.de Marinis quotid.*1. *cap.*21. non tamèn convincere poterunt, ut in materia noſtrarum conſuetudinum filia familias extera, ſed Civi nupta, conſequatur, ac ſi Civis eſſet, facultatem teſtandi; quoniam, & non ſui iuris, & ſub patris poteſtate remanebit, ſi credimus *Franco deciſ.*546. *Molfeſio par.*3.*tit.de bonis q.*24. *n.*28. *Reg.Galeota contr.*3. *n.*44.*& Reg. Capic.Latro tomo* 2.*conſult.*155.*n.*54.alijſq; cum quib. *Bottilterius Teoremate* 13.*n.*6.*de ſucceſſ. ab inteſtato*, & ſi in adverſum facere videatur *Surdus deciſ.* 330. *&* fortius *Ant. de Alex. in Proem.conſuet.num.*835. *& Montanus contr.* 1. *num.*54. quibus *de Luca ad Francum* adſentitur motus illis Argumentis, & Reſponſionibus ad Deciſionem in contrarium allegatám, quæ habuiſſe fatetur in allegationibus maximi Advocati *Bartolomai de Luca*, cujus viri amiciſſimi ſententiam, & ego reciperem non quia conſuetudo ſit ſavorabilis, & lata interpretatione juvanda; Nam quinimò exorbitans illa eſt, & adversùs juris civilis Regulas introducta, quas quo ad minùs poſſit labefactari convenit, ſed quia aliter vix intelligi poteſt quomodo verum ſit quod toties receptum, & deciſum eſt, mulierem fieri de domicilio Viri, in ejuſque familiam trãſire *Boerius deciſ.*260.*num.*32. *Tiraquellus ad l.connub.Gloſſ.*2.*num.*42.; Et tamen non poſſe uti ſtatutis in domicilio Viri ſui vigentibus, ut dicebat *Theſaurus deciſ.*123. quando illis ligari conſtat *Innoc.in Rubr. de conſuet.nu.*6. videas tamen *Rovitum deciſ.* 75. & *de Marinis* 1.*reſol.*12.

14 Quartò adnotandum quod non parùm eſt controverſum intèr Noſtros an defuncto demùm viro filia familias, quæ per matrimonium ſui juris fuerat effecta, eo ſoluto, reincidat in patris poteſtatem; Nàm *Neapod.*aſfirmat in *conſuet. ſed & mulier in verſ. nubit. Molfeſius* quoque, & *Grammat.* ex quibus *Paſcalis de viribus patria poteſtatis par.* 1. *cap.*3.*nu.*44. At è contrà negant *Afflictus*, & *Ant. de Vivaja* magni nominis J. Conſ. in Addit. ad citatam *cõſuet.* & mulierem à patris poteſtate liberatam, nõ ampliùs in eam cum vidua fuerit coincidere dicunt; quoniam & vidua adhùc in matrimonio defuncti viri continuat. *Camilius* verò *Salernus* ad eandem *conſuet.* in tertia quadã ſententia eſt, & rem totam ex perſpicacia, & habilitate mulieris decidendam vult, quaſi non de juris diſpoſitione, ſed de facti circumſtantijs diſputaremus, & quaſi dato pro vero, quod non coincidat in patris poteſtatẽ mulier, adhùc ſi illa cũ ſexus imbecillitate propriam peculiaremque inhabilitatem conjungat, dato patre, aut alio tutore non ei provideri poſſit, & debeat.

15 Mihi in hoc opinionum conflictu potiùs *Affl.& Vivaja* cõſentiendum videtur, quam adverſarijs: ea nimirùm ratione, quod cũ Iuris pſincipia dictent filios ex patris poteſtate legitimè liberatos non ampliùs citrà eorum delictum in eandem reinciſuros, niſi volentes in adrogationem, aut adoptionem ſe dederint, ut in confeſſo apud omnes eſt, vel ex *inſtitutionum* elementis *ſub tit.quibus modis jus patria poteſtatis tollitur*; is qui tentat in propoſito mulierem in patris poteſtatem revocare, in Iuris principia impingit.

16 Quod ſi non jus commune, ſed Conſuetudines noſtras inſpiciendas dixeris, adhùc ineptum, & falſum invenies, quod aſſumunt *Molfeſius*, & Adverſarij ſcribentes filiam liberatam à paterna poteſtate, quia nupta; ideòque ceſſante hoc ceſſaturam liberationem, ineptum, quoniam cauſa ceſſante ſi effectus jàm ſit conſumatus non ceſſat, ſed permanet, ut vulgò dici ſolet, falſum quoniam Conſuetudo ſic loquitur (*ſed & mulier, non obſtante quod emancipata non fuerit eo ipſo, quod nubit, fit ſui juris*) & in his verbis, quamquam occaſione nuptiarum, abſolutè tamèn fieri filiam ſui juris innuit, & non quouſque nupta erit; alioquin in ſenſu *Neapodani*, & *Molfeſij* ſcriptum foret (*ſed quouſque nubit*) vel *quouſque erit nupta*, aut ſimili modo non (*eo ipſo quod nubit.*)



CAPVT II.

Ad tex. in l.ult. D. ut leg.nom. caveatur l.illam 19. C.de collat.

SVMMARIVM.

1 *Probatur noſtra ſententia in anteeedentibus propoſita ex tex. in l.ult. D. ut leg.nomine cau.*

2 *Explicatur aſſertio Fabriana.*

3 *Sed non pertinet ad hanc quaeſt. conſt. in l.ult. C.de collat.*

4 *Iure veteri filia famil. capax dotis quidquid Faber.*

5 *Qua-*

5 *Quæstio proposita locum habere non potest apud Hispanos, Neapolitanos, Gallos, & similes.*
6 *Neque de Iure Canonico.*
7 *Dispositio l. fin. de collat. Communiter recepta.*

1 EX tex. *in l. ult. D. ut leg. nom. caveatur* nostra sententia mirum in modum probati potest, quippè cum de emancipata filia ibidèm tractetur, ut apud omnes in confesso est, eamque testatam defunctam fuisse oon obscurè proponat Iuris Consultus, & integram dotem penes maritum remansisse dicat, quãdo tantummodo quinta pars ex *Vlpiani* præscripto remanere debuisset; nemo ex his non dignoscit, verissimum esse quod dicebamus, mulierè emancipatam restando posse de tota dote profectitia disponere eosque habere hęredes quos velit: & sanè de ea disposuisse in proposita *Scevola* specie, ideoq; totam apud maritum remansisse, necessariò dicendum est. Quod verò ait *Fab.* ex facto propositũ J. Con-
2 sulto, dotem remansisse in eo sensu quo, & nos explicamus, (scilicet propositum ex facto testatricem, ut rectè poterat ita voluisse, ità iussisse) verissimum est, & verum quoq; ex hac occasiooe de reliquis rebus depositis quęsitum fuisse; hinc ex hoc tex. mulierem emancipatam posse de tota dote disponere, modò salva filijs si quos habet quarta naturã debita remaneat, concludi poterit, & remansisse in specie *dicta l. ult.* aut saltèm id non disquisitum, quia ita dispositum ut ad filium totius hæreditatis emolumentum perventurum fuerit, dicemus.

3 Sed quamvis ad nostram sentẽtiam *d. l. ult.* pertinuerit adhùc *Iustiniani* Constiturio in *l. illam C. de collat.* impertinentissimè ad hanc quæstionẽ à *Fabro* adducitur; quod probatur, primo nàm ibidèm *Iustin.* non tractat, an, & quibus casibus, mortua in matrimonio filia, dos ad patrem revertatur, aut non revertatur; sed tantum Constituit, ut quibus casibus filijs acquiritur dos materna conferre eam debeãt, ut ipsemet *Faber* fatetur hic *num. 9.* Deindè quia nbo de acqoisitione dotis ex legis dispositione, de qua nos agimus, Sed de acquisitione ex pactis, aut stipulationibus, & ex hominis providentia in Constitutione agi ostendunt passim ipsa *Iustiniani* verba; nàm cũ non dotem remansam dicat, aut perventam, sed datam, ostendit pactionibus datam, & stipulationibus interpositis.

4 Deniq; observandum erit falli *Fabrum* aut fallere sub *nu. 14.* asseverãs dotis filiamfamilias iure veteri non fuisse capacem; oppositum enim demonstratum à nobis fuit *lib. 7. cap. 12.* ubi de tex. *in l. Pomponius Philadelphus 21. D. famil. ercisc.* actum est.

5 Sed cum satis sint, quæ dicta sunt adversùs *Fabrum* illud pro Coronide adijciemus, quod quæstio, de qua agimus non solum, ut supra dictum est, locum non invenit apud Neapolitanos, sed nèq; apud Hispanos, & Lusitanos; quoniàm & apud illos receptum, ut filius, aut filiafamilias nubens, statim de patris potestare exeat, ut testatur *Pinellus in l. 1. p. 1. n. 34. ad finem C. de bonis maternis,* ex quo *Forsterius de iurisdictione Romana ad l. 7. Romuli de iure patrio n. 125.* sicut item neque apud Gallos, & Francos, Longobardos, Hebręos locum obtinuisse, *Tiraquellus,* advertit in *legibus connubialibus ad l. 1. nu. 1.* quooiàm
6 & apud illos idem sancitum Quinimmò dum Canonum Iure hoc Ipsum caverur, ut advertit *Felin in cap, illud ex. de præsumptionibus* iam in toto ferè orbe locus huic quæstiooi non remanet.

7 Cæterùm ad *l. illam C. de collationibus* observandum erit, quod illius Sanctio, ut nepores cum filijs, & filiabus succedentes maternam dotem cooferre teneantur, uoiformitèr ab omnibus recepta est, & explicata à *Repetentibus* antiquis post *Baldum, & Salicetum* in Comment. à *Neotericis* post *Cuiacium lib. 9. obser. cap. 17. & a Pragmaticis* post *Verallum dec. 75. n. 3. p. 1. Doctum cons. 71. Docianum responso 62. num. 78. volum. 3. & Oltradum cons. 110.*



CAPVT III.

Ad tex. in l. si cum dotem 22. D. solut. matrimonio in l. inter 26. §. cum intèr D. de pactis dotalibus.

SVMMARIVM.

1 *Adversus communem interpretationem primo Duarenus deindè Faber insurrexit.*
2 *Sed malè.*
3 *Quod ex Glossa, Accursij mutuatus opponit. Faber, reicitur.*
4 *Desumitur ex tex. argumentum adversus Fabrum.*
5 *Item ex dubitandi ratione.*
6 *Dirigitur ad hanc quæstionem l. cum inter §. cum inter D. solut. matrim.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Quid Pragmatici præsertim Neapolitani.*
9 *Pater dotem filia, quam soluto matrimonio repetijt, tenetur dare eidem filiæ secundo nubenti, vel ingredienti monasterium neque potest minuere.*
10 *Non tamen si secundo fuerit dotata, potest filia am-*

ambas detes petere.

11 *Dote prima deperdita culpa filiæ non cogitur pater iterum dotare eam.*

12 *Dos constante matrimonio non potest minui, sed mutari, & augeri.*

13 *Quæ dicta sunt de dote pertinent ad auditamentum dotis.*

14 *Pacta quæ apponuntur debent esse non exorbitantia neque contra leges.*

1 REctissimè Interpretes magis communitèr eo, quod dotans in unum dumtaxat casum sibi dotem stipulatus est, in alio mulieri actionem quæsitam deducunt; nàm apertis verbis id *Vlpianus* respondet in *l. si cũ dotem 22. D. sol. matrim.* & malè in præsenti *Faber* hoc idem in dubium revocare conatur, à *Franc. Duareno* in Commen: ad *dict. l.* forsan illusus.

2 Et sanè quis non videt *Vlpianum* pronunciasse in proposita specie esse mulieri actionẽ quæsitam, dum ait, *dicendum est in eum casum in quo non pepigit esse mulieri actionem* ideoq; non rectè facere *Fabrum*, dum eludens adducta verba ait sic intelligenda, ac si dictum esset, mulieri dãdã actionem, sed qua iosimul esi pătre experiatur, ac si nulla intervenisset sti-

3 pulatio, quod ab *Accursio* mutuatus fuit, nam dum ad verbum *mulieri* vers. *alij*, adnotavit, ità quosdam sentisse, quorum sententia non placet. Et quidem contextus ipse, & oppositio casuum huiusmodi interpretationem respuunt, faciuntque, ut intelligamus, quod sicuti paciscens solus agit in casu compreheoso in pacto, ità ex adverso mulier sola agit in caso non comprætensio; Ratio aotẽ quæ J. Consultum movit ea esse potuit, quod qui sibi in unum taotum casum paciscitur, dotem reddi, cum in utroque posset; videtur non solùm sibi prospectum velle, sed (unum eligẽdo, alterum in beneficium mulieris relinquendo) & mulieri quoque prospicere, quod ipsius mulieris, & dotis favor ex pacto in unũ casum facto elicit, quod non insolens Juris Consultis, ostenditur in *l. Bebius 30. D. de pactis dotalibus.*

4 Rursùs ex eo, quod pater in hac *l. si cum dotem* cum extraneo coniungitur, ibi *si cum dotem daret pater, vel extraneus*: quis non agnoscit parem utriusq; conditionem fieri, & proinde si verùm extraneo, quod cum is paciscitur in unum casum in altero mulieris solius actio est? ut vel ipse *Faber fatetur* idipsum, & in patre, cum quo illum coniungit Juris Consultus verum erit; neque captiosa *Bartoli* argumentatio est: nàm & si diversa alioquin, ut *Accurs.* advertetat sit conditio patris ab extranei conditione, æquales tamèn in hoc fiunt; nàm extraneus eligens casum mortis v. gr. videtur casum divortij remitte-re, & pater eligens, & paciscens ut solus agat in casum mortis v. gr quando insimul deberet agere cum muliere filia, videtur remittere ius suum in casum divortij.

5 Nèc video, si admittatur *Fabri* expositio, quam dubitandi rationem habere potuisset Juris Consultis; quàm enim comminiscitur ille, levissima est; nàm supposito quod actio communis sit patri, & filiæ, quis unquàm dubitasset ex eo, quod in unum casum pactus sit pater, quod in altero remanebat dispositio iuris communis? nemo sanè nisi qui implicitum aliud pactum in mulieris favorem ex nostra sententia, in expresso pacto agnoverit: eo enim circumscripto, remanet inevitabilis regula quod casus omissus à paciscentibus restat in iuris communis dispositione *l. verò 64. §. de viro D. soluto matrimonio.* Cæterùm si nostram explicationem sequaris ratio dubitãdi ex huiusmodi Regula sumetur, & ratio decidendi, erit implicitum pactum à Juris Cosultis elicitum facta interpretatione in dotis favorem, ex patris pietate, & ex extranei dotantis affectione, & largitate, alioquio si admitteremos stipulatioοem io uno casu conceptam prodesse in ommisso, faceremus contra Regulam *l. si extraneus D. de cond. causa data*, qua licet passim *Faber* abutatur, non malè firmari nostra sententia poterit; Siquidẽ sumpta in mulieris favorem interpretatio, potissimùm facit, ut in casu expresso facta provisio ad non expressum extendatur.

6 Illud denique non inficior, quod impertinentèr ad communem sententiam probandã afferturtex. in *l. cum inter 26. §. cum inter D. soluto matrimonio*, nisi illios decisiooem, & speciem, ad hanc quam tractamus aptabis, & quamvis aliud sit dicere, filiæ actionẽ cõpetere aliud dotem à marito retineri; Adhùc & in ea *l. cum inter*, ut in *l. debuit* observabis Juris Consultorum morem ex pacto expresso eliciendi, aliud pactum, quod implicitum sit ex hoc enim nõ malè uti ea poteris ad communem tuendam sententiam, nostramque firmandam expositionem: hinc Concedi poterit *Fabro* quicquid ad eum tex. observat, dummodò ipse concesserit ea omnia ex pacto potiùs, & hominis, quàm legis provisione provenisse, Concedat etiam Juris Consultos solere pacta concepta interpretari, & extendere; hoc. n. sat nobis erit, Reliqua, quæ ad hanc disputationem dici possent, habes doctè, & nervosè proposita ab *Andrea Fachineo, contr. 13. cap. 61.*

7 *Repetentes* autem ex hac *l. si cum dotẽ* Regulam illam elicere solent (rectè nè, & consequenter videant alij,) quod casus omissus in stipulatione, aut pacto, remanet in iuris cõmunis dispositione, quod pluribus exemplis productis *Gl.* firmare nititur, & post eam

 Bar-

Bartolus, & *Baldus*, à quibus *Tiraquellus de Primogeniorum Iure quæst.* 40. *num.* 194. *Mateesil. singul.* 406 *num.* 1. & *Ant. Gibertus in tract. de dote cap.* 62.

8 Rursùs, ex hoc tex. passim jactant *Pragmatici*, quod & si aliàs mulier possit de dotibus suis disponere: attamèn si ob pactum, ut hic, fuerint dotes ad alium perventuræ; non poterit, obstante pacto, & conventione: ità *Ozaschus decis.* 20. Quod auté quam maximè apud Neapolitanos locum habet, vigente expressa Consuetudine (nàm Consuetudines pacta Civiũ sunt) qua disponitur, nè ultrà decimam partẽ, extantibus filijs mulier dispo nat, *Consuet. si qua moriens sub tit. de muliere habente filios* & ne ultrà medietatem filijs nõ extantibus *Consuet.* & *si testator sub tit. de success. morientis sine filijs*, ad quas commeotatores videndi, præsertim *Molfesius*, Videndus quoque *Afflictus decis.* 202.

9 & *Franeus decis.* 307. Sed quanquam sicut Pater sibi dotem reddi stipulari possit, ita & extraneus dotans, attamẽ muliere ipsâ in extranei beneficium ut dos redeat stipulari non posse; adnotât Nostri post *Neapod. in consuet. siquis vel si qua sub tit. success. ab int. num.* 219. & ibidẽ in add. *Ioannes Angelus Pisanellus*, qui de pactis Neapolitanorum vulgò dictis *alla nova manera*, plura babet.

10 Cæterùm nec illud omittendum est, quod & si soluto matrimonio dos per pactum initum ad patrem dotantem revertatur, adhùc si posteà secundò mulier nubat, aut religionem ingrediatur, eidem primâ dotem pater restituere tenebitur, quà diminuere nõ poterit, ut ex *l.* 2. & *l.* 7. *C. soluto matrim.* notant *Decius cons.* 35. & *Boerius decis.* 130. *n.* 7. & 136. nã & patre mortuo extraneis institutis hæredibus, dos quæ olim ad eum reversa, rursùs ad filiam perveniet ut *Bartolus singul.*

11 154. aliique tradunt. Quod si eum secũdo nuberet, filiam denuò pater dotasset, nulla de prima dotatione mentione facta, non ideò filia ambas dotes primam, & secundam obtinebit, idem *Boer. in citata decis.* 136. *Guid. Papa q.* 376. & *singul.* 281. *Papon. lib.* 15. *tit.* 4. *Arresto* 4. *Menochius cons.* 370. *lib.* 4. planè

12 si culpa mulieris prima dos foret deperdita, iterùm ad dotandum pater non est cogendus ut constat apud *Menochium de arbitr. lib.* 2. *casu* 181. *num.* 57. quamquam si mulier non fuisset in culpa utique cogendus fuisset, ut dicunt *Gomezius Lea decis.* 15. *Gugl. Lud. singul.* 110. *Rand. de analogis cap.* 12. *num.* 33. & *Boerius decis.* 141. & 130.

13 His adiiciunt Nostri quod quanquã dos, matrimonio constante, diminui non possit, ut ex Regula *l. Attilicinus D. de pactis dotalibus Pragmatici* omnes fatentur cum *Afflicto decis.* 154. & ibi addentibus, & cum *Consl. Stab. resolut.* 3. *num.* 18. & *seq.* Idque neque ob publicam utilitatem *Ioseph Ludovicus decis. Lucensi* 21. *num.* 12. *Guidon Papa singul.* 56. nàm à principio quando constituitur suam naturam dos immutabilem recipit *Reg. de Ponte cons.* 9. *num.* 33. quam alterare ne ipsa quidèm mulier potest, *Mantica de tacitis, & ambig. lib.* 7. *cap.* 31. *num.* 10. & *Molina de Ritu nuptiar. in prælud. lib.* 3. *num.* 4. & *sequentibus*. Attamen potest aliquo modo variari, & mutari modo de mutatione in meliùs tractetur, & potest tùnc dos augeri, & de novo constitui, *Hartamannus cap.* 9. *tit. de dote lib.* 2. *ex l.* 19. *cum Aut. sequ. C. de don. ante nupt.*

14 Adnotant quoque ex *l. inter Socerum* 26. §. *cum inter* de qua *Faber* hic, quod ea, quæ de dote dicuntur, pertinent etiam ad additamẽtum factum, & ad adiunctum, ut post *Baldũ ad d. l.* & *Bartolum cons.* 130. itemq; *Zasiũ lib.* 2. *respon. c.* 2. & *Iasonem*, communitèr concluditur teste *Alphano* in repottatis *n.* 86.

15 Denique admonent quod quamvis pacta, quę in constituenda dote à principio apponuntur, servari oportere dicamus; attamèn ut ita eveniat, non debeant esse exorbitantia, & adversùs leges; unde si conveoitur, ne dos petatur, inutile erit pactum & si nõ postmodũ, sed à principio appositũ foret *Afflictus decis.* 154. idem si conveniretur, ut dos omninò restituatur in præsenti pecunia, eaq; currenti tempore restitutionis dotium, ad quod vide *Nattam cons.* 37. *tomo primo*, aut similes fiant conventiones. Vide *Tesaurum decis.* 230. quamquã posse extraneum præsertim qui liberalitatem exercet quæcumque velit pacta in dotatione apponere, ex sexcentis iuris locis advertunt *Larrea decis.* 40. *to.* 1. *Grat. discept. cap.* 388. *num.* 14. *Castillus to.* 3. *contr. cap.* 10. & *Bottilierius de success. ab int. Tecrema* 24. *num.* 2.



CAPVT IV.

An in dote potuit olim mulier hæredem habere.

SVMMARIVM.

1 *In hac quæstione generaliter proposita distinctio erit inter filiam familias, & emancipatam.*
2 *Si filia familias decedat mulier, heredem in dote habere non poterit.*
3 *At si emancipata, poterit.*
4 *Confirmatur distinctio adversùs Fabrum.*

5 Dos

5 *Dos adventitia data sine pacto reversionis censetur mulieri donata.*
6 *Mater, & Avus maternus non tenentur dotare.*
7 *Sed frater tenetur, præsertim si excludat sororem a successione.*

1 IN hac quæstione, quæ generalitèr proponitur, an iure digestorũ in dote potuerit mu-
lier hęredẽ habere, itá distinguimus, quod aut
2 filia familias hæc mnlier decedebat, aut mater
familias: primo casu quia ad patrẽ dos revertebatur, hæredẽ habere non poterat, quinimò
& si pacto, ant donatione eandẽ acquisivisset,
adhùc si sub patris potestate decedebat; quia
testari non poterat hæredem habere nõ valebat, nisi pater ei testanti cõsensisset, nàm tũc
potuit, sed de iure Novellarũ dicemus infra
c.6. Secundò casu, idest si emãcipata decedebat mulier quia domina dotis per emãcipationẽ effecta, poterat in illa quẽ volebat hæredem scribere, ut suprà à nobis declaratum
est, atqne itá in illa habere hæredem, ut certè habuit in specie *legis Bebius* 31. *D. soluto
matrim.* hoc autem intellige nisi alitèr pactum fuerit, ut in specie *legis filia mea* 59. *D.
soluto matrim. l.* 5. *D. de divortijs*, de quibus
nos suprà.
4 Refert ergò nec parùm quiequid alitèr
credat *Faber*, utrum emancipata mulier decesserit, an verò adhùc filia familias; nàm ex
hoc, cum potestas testandi, hæredemqne habendi nascatur, nascitur etiam propositæ
quæstionis solutio.

Sed circa materiam hujus capitis constat
apud Nostros, quod cum dos advẽtitia fuerit,
à Fratre scil. aut matre, vel extraneo mulieri
obventa, si pactum reversionis illius ad dotãtem, non fuerit interpositum, donata dos mu-
6 lieri censebitur, ut latiùs *Menochius de arbitr. lib. 2. casu* 88. explicat, & proinde in terminis iuris cõmunis dicemus de hac dote advẽtitia, aut sibi donata, posse filiã testari consentiente patre, atque ita explicandos *Pragmaticos* qui id asserunt. Cæterum etiam in dote profectitia, si pater eamdem, filiæ donaret
testamentum filiam condere posse, voluit
Reg. Galeota lib. 2. contr. 30. *num.* 66. Constat
etiam non teneri matrem, aut avum maternum, nisi ex magna, & rationabili causa neptem dotare, aut filiam, ex eodem *Menochio
ubi supra casu* 460. & *Ozascho decis.* 107.
Emilio decis. 273. *par.* 1. *Boerio decis.* 129. Cùm
7 secùs in fratre sit; nã hic tenetur dotare sororem, præcipuè si velit illam à parentum successione excludere, ut in Regno, evenit,
& in Civitate Neapolitana ex Consuetudine, & Constitutione. Videas *Tesaurum decis.* 87. *nu.* 12. *Molfesium, Caputum, Bottiglierum*, & passim Nostrates.



CAPUT V.

De sententia §. 1. legis 2. D. soluto matrimonio.

SUMMARIUM.

1 SOluto matrimonio advẽtitiæ dotis actionem communem fuisse patri, & filiæ familias Digestorum iure tenendum est, quanquàm alitèr post *Antiquos* quosdam, itemqoe
post *Petrum Costalium*, è *Neotericis* in comment. *ad l. 2. §. 1. D. soluto matrim.* suadere conentur Nonnulli ex solis verbis *Ulpiani in d.
§. 1. ibi, & dos ab eo profecta* sit, delusi, quod sa-
2 nè nunquàm evenisse debuit, siquidèm, aut
credendum erat citata verba à *Triboniano*
potiùs addita fuisse respiciente ad *l. 6. & 8.
C. de bonis, quæ liberis*, quæ tùnc evulgatæ, ut
non improbabilitèr coniectantur viri omniũ
doctissimi *Antonius Goveanus 1. variarum
cap. 44.* & *Iacobus Cujacius ad Ulpiani frag-
3 menta tit. 6.* aut itá fuerant explicanda, ut intelligeremus cõmunem patris, & filiæ actionem esse, quando filia familias dotata est, &
dos à patre profecta, non autẽ ut à contrario
sensu deduceremus, non esse, si perfectitia dos
non fuisset: argumentum enim à contrario
sensu non semper in jure admittitur, præcipuè cum absurda sequuntur, & iuris correctiones, ut rectè, cum *Trentlero* concordans,
ad ipsum adnotavit *Bachovius vol. 2. di-*

sput.2.lit.C.Thesi 10. cuius dictis. Ego addo, quod etiam ex eo, argumentum hoc à contrario sensu admittendum non est; quia non rectè procedens, quod *Vlpianus* coniunxetat, disiungit, & cum deductio ità fuisset facienda: *ergò cum filia in potestate non est, & dos à patre non fuerit profecta, actio communis non erit*, quod verissimum est, aliter disserit ut supra, unde quod deducitur à contrario sensu falsum est, ut diximus; Sed sicut antiquos delusit *Vlpianus in d.§.1.l.2.* ità & *Neotericos* in dissidium vertit eiusdem *Vlpiani fragmentum*, quod exrat *tit.6. de dotibus*; quippe ab eo pleriq; concludeodum volunt, quod semper Digestorum iure, adventitiæ dotis actio communis fuit, nempè tum si morte viri, tùm etiam si divortio, matrimoniū solvebatur, *Cuiacium, & Goveanum* sequuti. Alij è contrà, cum quibus, & *Faber* in præsenti admittant quidem in casu divortij, at negant in casu solutionis matrimonij per mortem viri; nàm tùnc solius patris actionem fuisse contendunt.

5 Mihi tamen prior sententia verior esse videtur, non enim possum adduci, ut credam *Fabro n.*15. asserenti plus iuris habuisse patrē in dote adventitia, quam in profectitia, si morte viri solutum matrimonium foret; nàm ex nullo iuris loco hæc specialitas elici poterit, & è contrario ex sexcentis constat in dote profectitia, quæ ab ipso profecta est, in qua recuperanda damnum potiùs vitat pater, quàm lucrum captat, plus patrem non habuisse, quam in adventitia aliunde obventa, & respectu cuius de lucro certaret. Nèc quod *Vlpianus* in citato *fragmento* de divortio nominatim agat ibi *divortio facto* errandi occasionē captabimus, & alitèr si mariti mors intercedat fore dicemus, quippe eadem ratio in utroque casu militat, & circa hæc *Vlpiani fragmenta ab Anniano* epitomata, non admodum scrupulosè nos immorari oportet; quanquam si rectè omnia attendamus, clausula illa, *quod si in potestate patris sit, pater adiuncta filia personat habet actionem revera*, vel, ut rectè emendat *Cuiacius, rei uxoria*, sic poterit ab antecedētibus separari, ut intelligamus *divortio facto, si sui iuris* fiat muliere habere eam actionem; sed si filiafamilias sit, sivè in casu mortis, sivè divortij habet quidem, sed communē sibi cū patre, quē sensum confirmat sententia adiecta, *nec interest adventitia sit dos, an profectitia* quę indistinctè prolata nō debet ad solum divortij casum restringi, alioquin scriptum; *nam in proposito non interest.*

6 Purrò *Fabri* ratiocinatio, quod morte mariti incipiat ideò filiafamilia fieri incapax dotis, quia extraneus, qui dotem dederat, donare illam patri voluisse dum sibi eam redditi stipulatus non est, credendum sit, non rectè procedit. Primò quia eadem Reipublicæ causa, & idem mulierum, & dotium favor, qui capacem reddit filiamfamilias dotis quāvis sub patris potestate sit, obstabit, ne ipsa statim ut viri morte soluto matrimonio eiusdem dotis incapax reddatur, quando, & spes secundarum nuptiarum adest, quæ non parū momenti apud Legislatore habens tot privilegia soluto matrimonio circa dotem extorsit dotisque repetitionem, Satis & quando patri & potestati patrię consultum est, dum non aliter, quam cum ipso patre, aut ex ipsius cōsensu, & authoritate, ut dicemus in sequenti capite, mulier actura erit.

7 Deinde quia adversus *Fabrum* appositę ratiocinatur *Vlpianus in l.sicum dotem* 22. *D.soluto matrimonio*, generalitèr pronunciando *quod si extraneus in unum casum sibi reddi dotem stipulatus sit, in cæteris filia est actio*, nèc distinguit an divortio, an viri morte matrimonium solutum sit, ità ostēdens huiusmodi distinctionem non esse admittendam, Nàm si fingas extraneum dotantem in casu divortij dotem sibi reddi stipulatum, soluto viri morte matrimonio, an non falsum esset quod *Vlpianus* ait, *mulieris esse actionem*? si non solum mulieris non est; sed neque communis est, sed solius patris actio est.

8 Tandèm ut ad *l.Caius* 45. *D. soluto matrimonio deveniamus*, quam in præsenti vexat *Faber*, vultque à *Triboniano* interpolatam; Fatemur & nos malè vulgares Interpretes ex ipsa desumpsisse quod dotis profectitię actio indistinctè ad solam filiamfamilias pertineat nec communis sit, & patri; nam vel ex eo potissimum, quod in hac *l.Caius* per divortium solutum matrimonium proponebatur ibi *sine culpa sua diverterit*, alitèr diccodum fuerat neq; eo quod, vivus pater proponatur ibi *vivo patre suo*, & tamèn utilis actio nepti acquiri dicatur quicquam obstat; nàm id sanè modo intelligendū erit, & propositis terminis habilibus, id est ita ut acquisitio permittatur quidem nepti si actione utatur secundum iuris regulas, & una cum patre suo agat, aut ex eius authoritate, & consensu, quod quia in dubium revocari non debebat, eratq; certum ex alijs iuris locis, dum de filiafamilias tractabatur, ideò adiectum expressè nō fuit.

9 Cæterum non facilè admittendum videtur quod *Faber* asseverat à *Triboniano* interpolatum contextum *d.l.Caius* fuisse. Primo quia maxima in eo, & accurata iurisprudentiæ observatio, quam nunquàm apud *Tribonianum* invenias, cur enim nō permissa nisi actio utilis? cur permissa ex æquitate, & adiectis præcipuis rationibus, ex quibus quilibet Iuris Consultus moveri debuit? an id opus *Triboniano*? Secundò quia hoc ipsum, quod in

hac

hac *l. Gaius*. Responsum est scribunt *Imperatores Dioclet. & Maximil. in l. 7. C. de pactis cōventis*, & tamèn illorum Rescriptum *Triboniani* esse non dicimus, neque ab ipso intetpolatum. Tertiò tandèm quia omnia in textu rectè se habent, omnia perspicuè, etiam ea ipsa quæ *Faber* invertere conatut, aut sua explicatione inepta teddere, & quidem, prima illa, *sed permittendum est nepti ex hac avita cōventione utilem actionē*, continēt clausulā eo modo concepta, uti quisquis elegātissimus J.Cōsultus concepisset, uode nescio quid *Fabro* in menrem venetit *num.* 12. Secundo & illa *favore nuptiarum, & maximè propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est*, Juris Consulto dignissima sunt; nam favor nuptiarum, spes scilicet secūdarum apud Jutis Consultos semper in pretio fuit supra ut iam diximus, & affectio personarum non parum movit, ut alibi demonstravimus, Tertio denique, & illud *ne commodo dotis mulier defraudetur*, rectè se habet; nàm quamvis remaneat directa actio hæredibus avi, temedia præstò sunt quibus fiat, ne illa utantut, & sat est mulieri concessam utilem fuisse.

10 Cætera, quæ *Faber* opponit ex *l. si genero 26. D. de iure dotium*, & ex *l. inter 16. §. penult. de pactis dotalibus*, & similibus, reiecta à nobis alibi fuere, prædictis iuribus, & alijs similibus explicatis.

11 Illud tamen dissimnlandum non est, quod ea, quæ de dote adventitia congessit hic *Faber*, à Commentarijs veterū *Repetentium* desumpsit, qui ferè eodem modo ratiocinabantur post *Baldum, Iasonem, & Soccinum* in Repetit. ad hanc *l. 2. D. soluto matrimonio*, habebantque asseclas *Pragmatices* post *Cravettam cons.* 543. *n.* 1.

12 Verùm cum sæpè sæpius dotantes non contenti iuris provisione, pactis sibi providere soleant, ex pactis appositis solent Nostri passim dotis restitutionem tegulare, eisq; standum velle, cum tamen illud accerrimè disputant an si pactum reversionis dotis ab alio quam à dotata fuerit appositum illo mulier obstringatur? quæ quidem quæstio magis ac magis ambigua est propter varias, & confusas Pragmaticorum assertiones qui & sibimet ipsi pletumque adversantut, & omnia involuunt, ut faciunt præsertim *Bottilierius de success. ab intest. teorema 24. D. Cons. Hodierna in sua illa contr. 30. & de Luca ad Franc. dec.* 196. & hinc ex eorum dictis, & ex aliorum ab ipsis allegatorum hæ veriores conclusiones desumere placuit.

Prima conclusio, Pater dum vivens nuptui dat filiam potest in dote quam illi assignat pactum reversionis ad sui aut aliorum quorumcumque beneficium apponere: Cęterum valebit illud si moti filia vivo patre contingat, alioquin prædecedente poterit filia (si oō in specie & etiam io hoc casu adscotita est reversioni) dotem acceptam, uti legitimam sibi habere, eamque reverti ad hęredes patris nolle, quomodo sentiere *Decius cons.* 106. *Capic. dec.* 176. *Seraphinus dec.* 855. *de Marinis dec.* 262. *resol.* 67. & *ad Rever. resol.* 531.

Secunda conclusio (quæ nulla habet difficultatem) Extraneus dotans quia liberalitatem exercet, potest quodcunque pactum apponere circa reversionem ut diximus supra *cap.* 3. *in fine*.

Tertia Conclusio. Pater testando, quia legitimam immunem ab onere filiæ relinquere oportet, si dotem relinquat, quia hæc illi in locum succedit legitimæ, nō potest onus imponere reversionis, sicut nec posset quodlibet aliud, nisi io eo quod forsan dos relicta legitimā excederet: ità Doctores communitèr sequuti à *Marescotto Variarum* 1. *cap.* 28. *Gaspare Tesauro lib.* 1. *q.* 63. *n.* 5. *Ant. de Amato Variarum cap.* 64. *num.* 6. *Mangil. de imput. qu.* 16. *num.* 12. Quod si oous impositum eius naturæ foret ut etiam, & utilitatem posset in aliquo eventu afferre, ut est reciproca inter filios substitutio illa, de qua in *l. si pater puella C. de inoff. test.*, quidquid obstrepent *Pragmat.*, securè asseverarem potuisse hujusmodi onus à patre in dote relicta filię imponi, nam & in legitima relicta masculis impositum teoet, ut in *d. l. si pater puellæ*, quam nequaquā correctam esse ut quidam, & malè autumāt, noo solū vel ex ipsis *Pragmaticorum* dictis id fatentium penès *Capicium Latrum consult.* 121. *num.* 46. sed matematicè ostenditur, ut alias ego ex facto consultus, in quadam causa gravissima ostendi, siquidem cū hoc Rescriptum in *l. pater puella* iam promulgatum ab *Alexandro*, fuisset antiquatum, & cotrectum à *Justinianea* sequenti Constitutione in *l. quoniam in prioribus C. de inoff. testam.* quæ lata in anno 529. ut ex Fastis Cōsularibus Contij, *Cassiodori*, & similium, & ex editione *Gothofredi* constat, utique non fuisset repositum in Codice novo *Instinianeo* evulgato in anoo 534. quinque fere annos post *legē quoniā in prioribus*. Quoniā idem *Iustinianus* antiquatas abrogatasque à se, vel ab alijs leges, repooi io suo Codice vetaverat, in Constitutione de emendatione Codicis *Iustinianei §. supradictis*, ibi, *Constitutiones vero superfluas, vel ex posterioribus sanctionibus nostris jam vacuatas, &c. circumcidere, & à proprijs Codicis Congregatione separare*.

Quarta Conclusio, cum pater onus non imposuit, aut tantum quantum ad legitimā sufficiat pro dote filiæ reliquerit, aut cum id quod io dotem datur, aliūde eidē filiæ debitū est; in his, & similibus casibus nō poterunt dotantes sive fratres sive mater, aut quisquis

fuerit, ad sui, aut aliorum beneficium onus reversionis doti imponere, nisi si aliquid de proprio pto hac re dederint, & ita intelligendus *Francus decis.* 196. *Merlinus decis. Rotæ* 13. *decis.* 32. *R. Cons. Hodierna dicta controv.* 30. *num.* 31. alijque apud *Bottilierium num.* 15.

Quinta Conclusio, si non obstante quod non poterat imponi hoc onus, attamèn imposito filia consensisset, tenebit illud, validèqoe operabitur, ut adversùs aliorum erroneas opiniones rectissimè probarunt *Fontanella de pactis nupt. cl.* 5. *Glossa* 10. 1. *par. num.* 26. *Cancerius Var. par.* 3. *cap.* 2. *nu.* 200. *Molina de ritu nupt. quæst.* 31. *lib.* 3. *Bossius de dote cap.* 5. §. 4. *num.* 86. *Sanfelicius decis.* 128. *Reg. Marcianus disp.* 39. *num.* 5. alijque apud *Lucam ad Francum ubi sup.* neq; curandum est de oppositione illa quod dos succedat loco legitimè, nam & in legitima quoque onus recipere consentiens filius potest, ut rectè docent *Reg. Merlinus lib.* 2. *contr.* 48. *Monterius decis.* 35. *num.* 83. *Grivellus decis.* 61. *num.* 15. & ferè communitèr Meliores apud *Mercurialem Merlinum de leg. lib.* 3. *tit.* 2. *q.* 7. *nu.* 15. & *Cancerium Variarum* 1. *cap.* 3. *n.* 35. quando & potest integrè legitimè renunciare, modò expresè id faciat *l. si quando*, §. & *generalitèr*, *C. de inoff. testam.* undè vix sanè mentis iudicandus qui oppositum contendat.

At in eo difficultas remanet, utrum huic pacto consensisse eo ipso femina videatur, quod sciens illud appositum in tabulis nuptialibus, non contradixerit, sed præsens tacuerit, an verò ut expresè recipiat apertisq; verbis, opus sit? & cum nostri ut solent plura infarciant, distinguerem ego quod aut onus à fratribus similibusq; dotantibus imponitur, & tunc expressum apertumq; verbis consensum exquirerem, neque silentio, aut generali, contentus essem, atque in hoc casu tradita ab *Hodierna*, & *a Bottilierio* admitterem, quoniã sive velle in hoc casu sororem fratrib. donare dicas, sive marti morè gerere, & gratificari propter adfectiooem, semper expresso côsensu opus erit, & io specie *l. cũ maritus* §. *fin. D. de pactis dotalibus.* non solum consensit mulier, sed ipsa pacta est. Aut onus à Patre in testamento fuit impositum, vel ab illo vivẽte, (qui postea filia soperstite defunctus est,) & tùnc fateor quidem posse filiam hoc onus reicere, sed si non apertè id agat, & expresè in vita, aut si in morte cum testator non exprimat se de dote, non obstante pacto, testari velle, & disponere, qooniam in legitimam habere eam vult; tunc defenderem ob silentium videri paternæ volútati acquievisse, & non posse hæredes côtravenire, atq; onus per silentium acceptatum reicere: Moveor potiùs ab his quæ de filio masculo circa legitimam rectè scripsère *Reg. Merlinus contr.* 48. *nu.* 30. *Altomarius ad Rovitum, cons.* 95. *num.* 4. *Barzius decis.* 2. *nu.* 19. & similes, quam ab assertis persunctoriè à *Bottilierio ubi sup. num.* 21. moveor etiam, & Ratione quę in casu nostro fortiùs stringit, nam etiam dato quod à legitima onus ipso iure reiciatur, adhùc id non potest dici in dote, sicut non dicitur in hæreditate, ea nimirum de causa quod cum legitima, ita iure disponente, oullo modo onus admittat, cum pater legitimã relinquit, statim lex operatur, & ut legitima sit & immunis ab onere facit; at cũ hæreditas aut dos nõ ita immunes sint, & onus recipere, & pati possint, ideo filiorũ voluntate opus est qni declarẽt nolle se partem hæreditatis, ut hæreditatem habere, sed ut legitimam, nolle dotem tamquam dotem habere, sed ut legitimam, & sine onere, tunc enim ab hæreditate pars quædam separabitur, & legitima fiet, & tunc dos qua gravata onere dos fuerat, legitima fit, hinc si hoc se velle, filius vivens, aut moriens non expressserit, videbitur côsẽtisse, & acquievisse paterno iudicio, & propterea hæredes ipsius côtravenire non poteruot, & iuxtà hæc defendenda erant quę habẽt *Franc. dec.* 491. *Amendola* ad eundẽ *dec.* 196. *n.* 1. *Castillo dec.* 25. *n.* 11. *Torus in compendio dec. in ver. pater*, *Giurba ad Consuet. Messa. cap.* 3. *Gl.* 1. *par.* 1. *n.* 78. *Altom. ad Rovit. cons.* 95. *num.* 22. *Reg. Marcianus ubi supra*, & *Andreol. contr.* 250. alijque.

Sed quamvis hæc controverso pro explorato tñ omnes habent quod quantũvis pater aut fratres sibi caveant si tamen filij mulierì nati adsint dos non habebit regressũ ad dotantes sed remanebit ad filios, nam saltèm de commuoi consuetudine, ita receptum est, ut testantur *Menoch. cons.* 238. *lib.* 3. *Tesaur. dec.* 190. & *Hartamanus c.* 4. *de dote lib* 2. sed an ita sit, & consoetndo hæc probari oporteat, *Caval.* disputat *dec.* 14. *de contract lib. p.* 2. *n.* 18.

13 Quinimmù si vel unica filia defunctæ matri superstes fuerit vel uoica ipsa efficiet, ut dos materna ad eam perveniat, etiam si fuerit postmodum defuncta, ut *Decius* firmat *consil.* 414. Undè ex his Regulam Generalem constituunt Nostri, quod promissio de restituendo in omnem eventum quod restitui dos debeat, habet in se conditionem, si sine liberis dotata decesserit *Ozasch. dec.* 108. *n.* 6. vide *Afflictum dec.* 399. & *Capyc. dec.* 176. *n.* 24. & 28. Quanquam si filij remaosi per modicum tempus supervixerint, nõ privare eos dote materna Avum, qui illis defunctis dotem repetet adnotaverit ex *Tes. dec.* 235. *Ricc. collect.* 249.

CAPVT VI.

Filiafamil. quomodò agat in dote adventitia.

SVMMARIVM.

1 *Actio dotis adventitiæ communis patri, & filia, ut omnes fatentur.*
2 *Faber asseverat, quod filiusfaml. de bonis adventitijs in quibus pater non habet usumfructum non poterit testari etiam patre consentiente.*
3 *Quidam id admittunt, quidam negant.*
4 *Nos de iure Novellarum concedimus filiofamilias potestatem testandi de adventitijs.*
5 *Id probas verbum disponere quo utitur Justinianus.*
6 *Item, & verbum quomodocumque.*
7 *Quid Baconius adversus Linklamam.*
8 *Pragmatici idem sentiunt quod Faber.*
9 *Sed non habent quid Justinianea Novella Respondeant.*
10 *Negant filiamfamilias de dote posse testari, & tamen concedunt pro ea in iudicio agere posse.*

1 ACtionem ad repetendam adventitiam
dotem qoam esse communem filiæfami-
lias, & patri eùm in casu mortis viri, tùm
etiam in casu divortij cum viris doctissimis
Goveano, & Cuiacio defendimus in superiori
capite; non posse filiam solam intentare sine
patris consensu, & aothoritate certissimum
est, idve etiam quicquid *Accursius, Bartolus,*
& Salycetus disputent, de iure *Justinianeo* ad-
mittendum, nàm ex Constitutione *Justinia-
ni in l.ult.§.1.C.de bonis, quæ liberis,* imponi-
tur necessitas patri per officiom Judicis, ut fi-
liæ agenti consentiat ea de causa; quia
aliuquin iudicium sine patris consensu non
consisteret, & in *Novella 97. de aqualitate
dotis cap.6.§.fin autem sub potestate* pluries tá-
quam indubitatum. assumitur non posse fi-
liamfamilias pro dote agere, & pro dote à
matre ei obventa, sine patris consensu; hæc
autem omnia, aliaque cum iam forent à *Neo-
tericis* optimè explicata & à *Dionysio Gotho-
fredo* io notis tùm ad *d.l.ultimam, tum ad d.
Novellam* strictè, & acutè proposita, nescio
qua de causa *Faber* hic transferre inter suas
coniecturas voluerit.
2 Quod autem assumit *n.7.* post *Accursium*
& sequaces, dicens filiumfamilias de bonis
adventitijs, quorum patris ofusfructus non
est, vel ipso patre consentiente testari non
posse, mihi indistinctè non placet; nàm quá-
vis fateat iure *Digestorum* inspecto, & forsan
Codicis veram esse propositionem, non tamèn
inspectis *Justiniani Novellis* facilè id côcedã;
3 ideoque iustissimè declinasse ab *Accursio* di-
cam plerosque etiam ex *Accursianis* inter
quos *Decius in l.nemo 11.C.qui testamenta fa-
cere possũt Vurmerserus lib.1.pract.39.obser.16*
& alij relati *a Covar.in rubr.de testam.p.3.n.9*
at vice versa quamquam sciam plura nec par-
vi momenti adversus *Accursian.* sententiã de-
negantem potestatem testandi fuisse allata à
*Vando pr.quæst.cap.1. Marco Linklama 7.mẽ-
branarum cap.33.* & à *Treuslero* mutata sen-
tẽtia *vol.2.disp.10.thesi 1.lit.A.* dũ scio qooq;
& illa non undequaque tuta, & habere ad-
versarios, quid in contrarium respondeant;
ideo illis omissis ad solum ius novissimum.
4 *Novellarũ* me restringo id est ad *Novellam
117. sub tit.liceat matri, et avia* eaq; inspecta
quicquid antiquitus, noviter dico *Sãcitum* à
Justiniano pro affirmativa in illis verbis: *res
autem ita relictas, sive donatas positis sub po-
testate personis, siquidem perfectæ sint ætatis, li-
cet sub potestate sint, licentiam habeant, quo
velint modo disponere. Justiniano*: itaq; ex dia-
metro adversantur qui testamenti factionem
in huiusmodi bonis à filijsfamilias adimunt:
faciunt enim ne liceat ipsis qno velint modo
disponere; nec rectà Respondent *disponere*
dixisse *Imperatorem* pro administrare, aut in-
ter vivos ad libitum vendere, donare, &c. ut
post quosdam dicebat *Harprectus ad Clarum
in §. testamentum q.18.*
5 Nam primò rogo ut advertant quod *Justi-
nianus* hoc eodem verbo uti solet cum de te-
stamentarijs dispositionibus loquitur ut in
Novella 11.de nuptijs cap.2. ibi *disponat itaque
unusquisque super suis, &c.* ut versio vulga-
ta, & *Dion. Goth.* habet. Secundò ut pon-
deret rogo quod verbum *disponere*, propriè
ad ultimas pertinet volunrates; nàm idem
significat quod ordinare, & testamenta sunt,
quæ propriè ordinantur. Tertiò ut advertant
6 peccot ad verbum *quomodocunque*, nam
si etiam genuina lectio ea esset, quam *Har-
prectus* refert ex Græco, adhùc illa non solos
contractus inter vivos compræhenderet, Sed
etiam ultimas dispositiones, nam *ly* quomo-
documque omnes includit. Ratio etiã pro
nostra sententia illa facit, quod cum duo sint,
quæ testamenti factionem a filiofamilias au-
ferant, unũ quod bona non habeat alterum,
quod sub patris potestate sit, & primum *Vlp.*
propooat in *fragmentis tit.20. de testam.§.fi-
liusfamilias* secundum verò Interpretes post
*Gl.in l.qui in potestate vers. nihilo magis D. de
testam.* Cessat primum, quando bona adven-
titia pleno iure filiofamilias sunt acquisita.
Ces-

Cessat secundò, quoniã pater consentit ut testetur, & ius suum remittit; sanè si non ob aliud, nisi quia constitutum, ut Castrensia bona propria filijfam. fierēt *August.* primò *ut in princ. instit. quibus non est permissum facere testamentum*, deindè *Marcus* teste *Vlpiano in fragmento* soprà citato, ut liceret filio de ipsis testari permiserunt, sequitur ex hoc evidentissimè quod neq; malè, neq; sine exemplo *Iustinianus in d. Novella* 117. idipsũ voluerit in adventitijs servati, quando pleno iure, & propria filijfamilias fiiebant.

7 Scio pro communi opinione acerrimè disputare adversùs *Linklamã*, qoem sequor, *Reinardum Bachovium* in notis *ad Treutlerum volu. 2. disp. 10. thesi 2. lit. C.* vers. *de ijs in quibus*; At scio, quæ movet vir doctissimus non obstare; nàm ius Codicis inspiciunt, & ius Digestorum, & argumenta quę sũt ab his iuribus ducta infringere conãtur. Quamquam si dicta à *Bachovio* attendamus, dum promittunt illum *Marei Linklama* sententiam probaturum, si ostenderit huiusmodi bona de quibus posse filiumfamilias testari dicimus, Castrensia, aut quasi esse, adiudicata nobis res erit, adeò enim doctè, adeò ingeniosè ex authoritate etiam Græcorum Interpretũ probat *Linkl.* posse Adventitia illa, quorum patri nõ quæritus ususfructus quasi Castrensia vocari, verèque talia esse, ut non aliud restat, quàm ut stet promissis *Bachovius*, manusque det victus.

6 Sed postquam retulimus, quid in proposita quæstione *Repetentes*, quidvè *Neoterici* sentiant, iustum est, ut *Pragmaticos* nùnc audiamus, & hi post *Iulium Clarum in §. testamentum q. 18. n. 2.* ubi Addentes innumeros citant sequaces, & *Covarruviam in rubr. de testam. p. 3. n. 9 Vasquium de success. creat. §. 22 n. 10. Tesaurum dec. 159. n. 11.* videntur *Fabro* consentire, & quod ille tanquàm certum assumit *num. 7.* tanquàm certum, & ipsos habuisse, adeòque negasse filiumfamilias de adventitijs bonis, & si in ipsis pater usumfructũ non habeat, testari posse; atque plura ad hoc firmandum addrxisse, cum tamen nemo eorum habeat quid ad *Iustiniani* authoritatem

9 in citata *Novella de heredibus ab intestato venientibus.* congruè respondeat; nàm & si plura moveant, attamèn quoniã ipsi vulgatã (ut par est) lectionẽ admittunt, in qua *Iustin.* licentiam filijsfamilias dat disponẽdi, & verbum disponere propriè, & verè ad ultimas volũtates pertinet, ut adnotat ex ipsis *Molfes.* vidẽdus *p. 3. de success. ex testam. q. 1. n. 6. qu. 1.* non possunt, effugere; quin à *Iustiniano* non fuerit iussum posse filiosfamilias testari, tantò magis quod verbum; *quomodocumque* omnem dispositionem ab eo faciendam, & in vita, & in morte complectitur.

10 Rursus, & illud observandum quod ijdem *Pragmatici*, & si negent posse filiamfamilias de dote adventitia testari, ut supra dictũ est post *Vivium, Grassum*, & reliquos ab *Harprecto, ad Clarum* adductos; concedunt tamèn integram personam quoad dotem adventitiam filiamfamilias habere, eiusque capacem esse, ideòqoe in iudicio agere pro ea posse; atque ita sibi adversari videntur: unde magis cautus *Faber* id negat, & alij eatenùs concedunt, quatenùs insimùl cum patre agat, ita ut velint actionem esse communem, & qua alter sine altero nequeat experiri *Ozascbus decis. 61. nu. fin. vide Menochium dec. 241.*

CAPVT VII.

Ad Auth. quod locum C. de collat.

SVMMARIVM.

1 *Irnerij epitome non alind continet quam quod in Novella expressit Iustinianus.*
2 *Male faciunt Interpretes, qui Irnerium Iustiniano opponunt.*
3 *Iustinianus ita loquitur, ut videatur distinguere dotem magnam a parva.*
4 *Idipsum faciunt Nostri cum de quarta debita uxori pauperi tractant.*
5 *Quanam dos in materia quarta uxoria congrua, vel magna dicatur.*

1 EPitome Irnerij in Authentica *quod locum C. de collat.* aliud non dicit, (nam certè aliud, dicere non debuit,) quam illud ipsum, quod in textu *Iustinianeo* est citatę *Novella 97. de aqualitate dotis cap. 6. §. illud queq; &c.* hinc cum in illo disertè exigatur patris consensus, ad hoc ue filiafamilias possit de dote agere, sequitur hoc ipsum *Irnerium* in sua epitome potuisse, aut proferre debuisse, unde faciunt pessimè *Interpretes*, qui Irnerium adversantem *Iustiniano* mala interpretatione reddunt.

3 Cæterùm quia negari non potest, quin *Iustin.* de dote magna loqnutus fuerit, & ità loquutus, ut innueret velle se aliquam constituere differentiam inter ipsam, & parvam dotem, nam verba hæc sunt. *Si verò maior fortè oblatio fuerat, &c.* (quod fassus est ipsemet *Faber*,) palã ex hoc fit quod iniustissimè postea reprehendat ille *Interpretes*, & potissimum doctissimos viros *Cuiacium*, & *Alciatum*, qui disquirunt quænam magna & quęnam

nam

nam parva sit dos; nam qnamquam ex hoc nō sequatur, quod in una patris consensu opus sit, in alia non itèm, iuvat tameó disquisitio ad pleraque alia utilissima.

4 Hinc appositè Quidam hic discutiendum existimant, in *Pragmaticorum* sententia, quęnàm dos magoa dicatur, quævè parva, namq; scire hoc iuvat, præsertum cum de quarta debita uxori pauperi, aut parvam habenti dotē tractamus iuxta terminos pręposítos, & frequeotius dotem aureorum mille, & ducentorum esse congruam, qoinimmò magnam ar-

5 bitrari placuit cum *Surdo dec.* 61. quàvis alij congruam dixère dotem etiam octigeotorū, ut *Francus dec.* 410. alij deniqoe, & meliùs congruam esse aut magnam ex qualirate personarum, com matrimonium contrahebatur decideodum voluerint post *Barzin decis.* 128. *Grassum dec.* 162. *de success. ab intestato*, *Fontanellam*, *Gratianum*, & alios cum quibus *Consiliar. Hodierna* in additione ad citatam *Surdi decisionem*, ut alibi à nobis dictum est.



CAPVT VIII.

Ad l. Bebius 30. D. de pactis dotalibus, alijsque juribus.

SVMMARIVM.

1 *Tex. in l. inter* 26. §. *cum inter, non pertinet ad præsentem quæstionem.*
2 *Pertinet tamen hac l. Bebius D. de pactis dotalibus.*
3 *Ratio dubitandi in citato tex.*
4 *Ratio decidendi.*
5 *Removetur obiectio.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Quid Pragmatici de dote promissa reddi filiæ.*
8 *Quid si filia cui dos reddenda, sine liberis decesserit?*
9 *Quid in materia Neapolitanarum Consuetudinum.*
10 *An Exteri, qui in vim pacti ligantur Neapolitanis Consuetudinibus, ligentur quo ad expressa tantum.*
11 *Affirmative Respondetur.*
12 *Mulier potest reservare ad sui favorem ampliorem potestatem secundo nubens ea, quam sibi reservaverat cum primum nupsit.*
13 *Maritus potest dotem retinere pro credito, aut parte sibi spectante.*

1 IAM suprà pluribus in locis incolcavimus, quod ex *l. inter* 26. §. *cum inter D. de pactis dotalibus* non rectè argumēta ducūrur ad quęstionem, utrum soluto matrimonio, exrantibus liberis, dos ad patrem revertatur, an verò apud maritum remaneat? etenim ibi de expressis pactis, & stipularionibus agitur, quę veluri hominum provisiones faciunt cessare provisionem legis. Insuper, & monuimus neq; rectè ex eodem textu deduci posse, quod acquiratur ex patris stipularione dos filiæ, & per haoc liberis tanquam hæredibus; nam huiusmodi quæstio nunqoàm tractata, nūquàm decisa est, sed solum de rerinenda dore à marito ob ioterpositum pactum, quæsirum apud *Papin.* fuit. decisumq; illud tamèn, ex eo tex. deducetur, quod *cap.* 3. adversus *Fabrum* expendimus, nempè quod possit ex pacto interposiro, alterum pactum implicitum elici, nèc iosolens id apud Juris Consultos, undè non malè ab *Interpretibus*, & ab *Vlpiano* in *l. si cum dotem* 22. *D. soluto matrim.* traditum est, quod ex pacto à patre dotante, vel extraoeo in unum casum concepto acquiritur filiæ actio in alterum, quod malè, in *d. cap.* 3. *Faber* negabat.

2 At in eo tex. de quo in præsenti *l. Bebius* 31. *D. de pactis dotalibus*, illud io primis observandum volo, quod in eius specie mulier, quæ morte patris, materfamilias iam effecta de dote profectitia testatur, & in ea hæredem habet fratrem suū, & filiam; hæc enim observatio demonstrabit verissimum esse quod diximus *cap.* 4. considerandum an materfamilias, an verò filia, decedat mulier in quæstione à *Fabro* proposita, ut videamus an in dore hæredem habere potuerit.

3 Porrò, & iospiciendum quod in *d. l. Bebius*, utique pro marito respondendum fuerat, nam ducto argumeoto ex regula *Papiniani in d.* §. *cum inter l. inter* 26. qui pactus fuerat, defuncta filia sine liberis, partem dotis ad se reverti, videbarur pactum totam dotem remansuram, liberis existenribus: sed huic

4 inrerpretarioni duo obstarunt, primum, & potissimum quod stipulario, & pactum nominatim in casum mortis, non autem divortij conceptum fuerat, qnod & *Faber* proponit hic, sed antè ipsum ingeniosissimè *Contius* 1. *disp. cap.* 5. *Cuiacius* 4. *obser.* 13. Alterum quod obstatura marito erat exceptio alterius pacti à muliere cum ipso interpositum, oempè divortij tempore ne ab ea dos peteretur: fuisse enim inrerpositom huiusmodi pactum, & Græcorum authoriras, & *Contius* ubi suprà, & *Cujacius* 13. *in obser. cap.* 25. convincunt: quibus si contumacitèr resistas nunquàm, qoid sibi velint illa *Triphonini in d. l. Bebius pacti quidèm vulgaris exceptionem etiam hæredi proficere*; *Sed in specie qua proponitur non*

quasi hæres mulieris ex persona defunctæ, se exceptione pacti tuebitur intelliges, quanquam quę sequûtur perciperes; *Sed ipse erat ille, qui etiã viva muliere si ab eo dos peteretur potuisset ea exceptione Maryllum (quia divortium factum erat) removere; eamdemque defensionem post mortem sororis sua retinebit*; Et sanè si non mulierem, ita pactam proponas, utique fatuus fuisset frater, qui tanquã mulieris hæres, exceptione pacti tueri se vellet, fatuus, & Jur. Consultus, qui moneret melius esse si propria

5 exceptione se tueatur. Quod si dicas non aliud pactum intervenisse, quam illud primum, ne dos constante matrimonio peteretur, Replicabo inepitre eum qui, fratrem exceptionem huiusmodi pacti, tanquàm hæredem mulieris habere dicat, quando si pactũ inter patrem, & maritum interpositum velis, illud parturiet exceptionem, filio potiùs, ut hæredi patris sui, quam, uti hæredi sororis, etiàm si furorem tùnc temporis filiamilias pactam fuisse, & validè pactam dicere auderes; Neque Faber, qui recedere à virorum doctissimorum traditis voluit, quę afferret habuit, neque rectè scribit *num.* 10. exceptione vulgari uti fratrem, si ex persona mulieris (cui totam dotem pater reliquerat, cuiusque solius si viveret interesset, defendere dotem) exciperet; nam in hoc casu non ex pacto sed ex legato dotis facto à patre sorori, sibi exceptionem prætexeret. Insupèr non tanquàm sororis hæres, sed tanquam patris, cuius solius si viveret interesset. Deniq; cum velit Juris Consultus patrem in proposita specie ea exceptione uti, quæ ex pacto inito in casum mortis nascebatur, omninò consequens est exceptionem pacti, qua uti eundem vetat, aliam esse, & diversam, & alterius, pacti ab ea qua usurus est, nempe illa quæ pacti de non petendo à muliere interpositi, cuius sanè mentionem adfuisse in ulteriori contextu Digestorum Græci Scholiastes testantur *lib.* 29. *basilicorum tit.* 5. *ad cap.* 27. vulgare autem dicitur hæc pactum quia omnium vulgarium vulgatissimum, est ut rectè observavit *Contius*, & ex eo *Dion. Gothofr.* in notis ad hanc *l. Bebius*.

6 Insuper ad materiam huius legis plura Veteres Interpretes tradidère circa pactorum differentias, & præcipuè circa pacta de lucranda dote, ut videre est apud *Baldum* ad hunc locum, & *Bartolomæum*, *Socc. cons* 24. *volum.* 3. *Marcellum cons.* 75. *n.* 13. *Everardũ cons.* 3. *num.* 33. & his similes, quorum nonnulli, adnotant, quod & si pater soror stipulatus dotem sibi reddi si faciat filia divortium ex propria voluntate, attamen si filia non divorterit, sed in matrimonio perseverans, demu sine liberis decesserit, poterit pater dotem repetere ex *Bartoli* doctrina *singul.* 61.

7 *Pragmatici* etiam pleraque de pactis conventis super dote, deque ea lucranda, & ipsi tractare solent, iuxta ea, quæ ex facto, aut ex statutorum dispositionibus proponuntur. Et proprius ad speciem huius legis adnotant, quod si filia consentiente patre stipuletur dotem sibi reddi, soluto matrimonio, aut liberis ex eo nasciturìs, aut si socer ita cum genero convenisset nomine filiæ, tunc dos non quidem ipsi patri qui dederat, sed filiæ, aut libetis, quibus actio quæsita est, restituenda erit, ut *Guidon Papa* scripsit *quæst.* 147. & *qu.* 513. & *singul.* 613. idem si dictum in pacto fuerit, quòd perpetuò dos ad filiam pertineat, ut ex eodem *Papa dec.* 147. *Riccius collect.* 249. retulit

Rursùs volunt quod si pater dotem pro filia dedisset, eamque reddi filiæ fuisset stipulatus, adhùc si filia sine liberis decedat, ei succedet, exclusis sorore, & fratre defunctæ *Bartolus singul.* 62. *Ioannes Antonius Trigonus singul.* 17.

9 At nostri Neapolitani *Pragmatici* huiusmodi dotium restitutionem, ac potestatem mulieris in disponendo cum moritur superstitibus liberis, aut illis non superstitibus ex nostris Consuetudinibus in scriptis redactis legem accipere faciunt, & intestabilem in illis partibus quæ ex providentia con uetudinis, filijs, aut agnatis debentur, mulierem, quantumvis matremfamilias effectam esse volunt, cum *Franco* post *Neapod.* alioſque Neapolit. Consuetudinem Commentatores *dec.* 537. *dec.* 552. *dec.* 606. *dec.* 639. *deci.* 667. & passim, & *Molfesio par.* 3. *quæst.* 1 t. *n.* t. & 2.

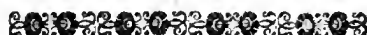
10 Hinc circà hæc, duo sunt quę plerumque in disquisitionem venire solent, primum an qui exteri sunt; sed in vim pacti alligati Consuetudinibus Neapolitanis, teneantur illas servare, nonsolùm circà potestatem disponendi mulieri permissam; sed etiam circà successionem ad filiorum hæreditates, & denique in omnibus? Secundum an pactum, per quod facultas disponendi de dote mulieri restricta fuerat in primis nuptijs possit in secundis etiam in filiorum præiudicium ab eadem muliere mutari, atque novo adiecto pacto facultatem ampliorem disponendi sibi permittere aut aliquid viro donare?

11 Et circà primum videtur dicendum quod eum Exter ligetur in vim pacti, & pacta tantùm valeant, quantùm sonant, non aliud attendendum erit, quàm quod expressum est, atque adeo ad ea tantum se alligare voluisse contrahentes existimandi, quæ pacifcentes expressere, uti rectè ratiocinatur *Merlinus lib.* 1. *cap.* 49. & *Capic. Latro dec.* 35. à quibus non discrepat *Reg. de Marinis lib.* 2. *cap.* 56. *num.* 15.

Circà

12 Circà secundum, in terminis Consuctudinis Neapolitanæ affirmant magis communitèr Nostri, ideòq; mulierem, quæ à principio matrimonium contraxit secundum formam Statuti, aut Consuctudinis à quibos restringitur potestas disponendi ad decimam tantum partem sive ad sextam, aut medietatem dotium, liberis superstitibus, posse secundò nubens contrahere mote magnatum, qood idem est ac contranere secundum potestatem de iure communi datā & permissam, ac sibi sumere facultatem de dote integra disponendi, relicta tamèn liberis legitima, nam, & secundo viro ut nubat potest donare ut docuere *de. Ponte cons. 9. n. 2 1. cons. 35. n. 1 Georgius alleg. 26. de Medices* alijq; à quibus ad tem *Reg. de Marinis lib. 1. cap. 274.*

13 Denique ad materiam hoius *legis Bebins*, & illud facit, quod maritus non solum partem sibi ex pacto acquisitam, sed etiam ob credita, quæ habet, poterit dotem retinere, ut per plures casus distingoendo explicat *Alexander Trentaeinquini variarum resolut. lib. 3. tit. de pign. & hypot. ref. 1.* per totum.



CAPVT IX.

Ad l. post dotem 40. D. soluto matrimonio.

SVMMARIVM.

1 *L. post dotem non pertinet ad quaestionem de qua in superioribus.*
2 *Qua ex illa deducunt argumenta non stringunt.*
3 *Potest dici, tractari ibidem de adventitia dote.*
4 *Quod probatur.*
5 *Quid significent illa verba filia voluntate, & reicitur Fabriana expositio.*
6 *Quando pater etiam pro filijs stipulasse præsumatur.*
7 *Etiam filia spuria dos profectitia ad patrem revertitur.*
8 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*

1 Quia in *l. post dotem 40. D. soluto matrim.* de hominis pactione circà dotem non de legis provisione tractatur, satis coostat non facere Responsum illud ad propositam quæstionem, quæ in puris terminis ioris disponentis, agitanda est, ut totiès inculcavimus; & argumenta, quæ nonnulli

2 ex eo, quod hoc modo, vel alio modo pactum conceptum fuerit desumunt, infirmissima esse, vel ex co apparet, quod in otramq; partem adducі possunt.

3 Observãdum tamen, ut à nobis alibi scriptum est, quod in specie *d. legis* duo tentari possent, unum, quod dos fuerit adventiria, alterum quod filia fuerit emancipata: etenim utrūq; probat quod nō à patre datam dotem, aut profectam, ut alioquin solent, exprimit J. C. sed dicens post dotem datam, & nuptias contractas, videtur innuere quod eadem & dotem dedit, quæ nuptias contraxeret; Accedit quod cū ibidem dicatur stipulatum patrē fuisse, *filia voluntate*, aut *sine filia voluntate*, ut alij emendant, hoc etiam ostēdit propriā filię dotem fuisse, alioquin nullā ob causam voluntatem illius exquireret Juris Consultus: sanè verba *filia voluntate* ad stipulationem referenda, non ad divottium, contex-

3 tus ipse satis ionuit, nàm distinctum quidem à Juris Consultis invenies, booa ne, an mala gratia fieret divottium, fiat ne culpa matiti, an verò culpa mulieris? sed nunquam invenies distinctum an fiat voluntare viti, vel fiat voluntate mulieris: quid enim si adeò molesta uxor, adeò male morigerata, ut vir quanrumvis patientissimus divertcre foret coactus, ao tunc dicemus voluntate viri factum divortium? & tū certè vir est, qui illud misit, an voluntate mulieris culus culpa fuit missus? quodsi dixeris supracitatę distioctioni fuisse locum, cum bona gratia divottium fiet & ambobus volentibus, nam tunc videndum quis primus voluerit; Respondeo quinimmò, & tùnc cum utriusque voluntate fiebat ineptè quæsitum, cuius voluotate sit factum; & insuper adijciam quod cum bona gratia factū fuerat, nulla dotis rerentlo prętendi poterat; itaque distinctiones à Juris Consultis receptas retinendas esse concludimus & verba *filiæ voluntate* ad stipulationē referenda, ut ex illis intelligamus necessariā fuisse filiæ volūtatem in proposita specie, & hinc deducamus de dote adventitia tractatum in hac *l. post dotem*, quæstionemque propositam non intèr uxorem, & virum, aut patrem, & virū, ut vulgò credunt; Sed inter ipsum patrem, & filiam fuisse; nam cum sibi reddi dotem divortio facto patet esset stipulatus, filia ipsa dotis domina consentiente, videbatur iàm patri dotem ex stipulatione ista quesitā; sed *Papin*, mitigat pactum, vulrq; In eo subintelligeodum, si filia sine liberis decessisset, alioquin si liberi extabunt, aut filia vivens, posse exceptione submoveri pater concludic, ut ità sit filiæ, & nepotibus Consultum, atq; pater non aliter ex pacto admittatur, quam si filij superstites non fuerint.

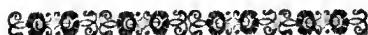
6 At quoniàm de patre stipulante restitutionem fieti, in hac *l.* sermo fuit, solet ex hoc di-

disquiri à Nostris quãdo pater etiam filijs stipulasse præsumatur? idque post *Menoch. de Presumpt. lib. 3. præsumpt. 19. num. 2. præsump. 38. n. 14. & præsumpt. 48. num. 1. 7. & seq.* varijs adhibitis distinctionibus explicare inter quas tamen communiter Illud pro certò habent, quod cum pater aliquid dari, aut restitui filijs stipulatus fuerit, illud ijsdem donare censetur ex Regula *l. 2. et 3. C. si quis alteri, vel sibi, Molses. ad consuet. par. 3. quæst. 21 num. 8.*

Cæterùm quamvis patre stipulante dotem profectitiam sibi reddi, ei actionem esse ad repetendam credant *Pragmatici*, negant tamèn in eadem dote posse patrem superstiti filiæ præiudicium inferre cum eodem *Menochio de arbitr. casu* 240. & 242.

7 Habent tamèn adeò pro certo qui in foro versantur, quod profectitia dos ad patrem revertatur, ut idem admittant, etiam si filia dotata spuria fuisset *Minadous dec.* 21. quamquam si emancipata filia foret, non idem dicendum volunt cum *Capicio dec.* 176.

8 Hinc in specie huius *l. post dotem* supponũt plerique post *Repetentes, Alexandrũ, Baldum, & Castalium*, aut dotem adventitiam fuisse, aut profectitiam, & filiam fuisse emancipatam, ideòque eius fuisse capacem, & hinc dicunt patrem uti filiæ procuratorem intervenisse ad stipulandum in proposita specie.



CAPVT X.

Verum profectitia dos ad Avum maternum reuertatur, an uerò penes patrem remaneat, defunctis ex præmortua filia nepotibus.

SVMMARIVM.

1 *Quid dicendum in proposita quæstione.*
2 *Ratio cur pater præferendus Avo in proposito.*
3 *Quid Pragmatici.*
4 *Quid apud nostros Neapolitanos obtineat.*
5 *Si Avus paternus cum Avo materno ad successionem communis nepotis concurrant, quid de iure communi.*
6 *Quid de iure consuetudinario.*

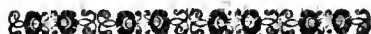
1 CVm vulgò recepta Martini sententia, & dotẽ ob liberos superstites penes maritum remanere passim rebus iudicatis firmarũ sit, nõ abs re quæritur, utrum ex præmortua filia defunctis nepotibus revertatur dos ad avum, à quo fuerat profecta, an verò penes patrem remaneat? Et quamuis, si iuris nostri Regulas inspicias pro Avo potiùs respondẽdum fuisset cum *Bartolo*, quàm pro patre cum *Baldo*, eo quod reverti ad avum etiam si adessent liberi pluribus locis responsum sit, quãtò fortiùs cum hi nõ extant; attamèn cum semèl æquitatis prætextu cum Martino ab ipsis Iuris regulis discessum sit, & remanere apud patrẽ extantibus liberis cõclusum fuerit id ipsum dicendum erit, liberis defunctis, & hoc non solum eodem æquitatis prætextu, alijsq;
2 etiam argumentis ab his, qui *Baldum* sequũtur, conquisitis; Sed etiam quia dum hæc dos, quæ filiorum causa penes maritum in Martini sententia remansit, non ipsi marito, ut perperam *Faber* existimabat, sed ipsis filijs acquisita fuerit, effectaque eorum adventitiũ patrimonium, in quo pater ea habeat, quę in cæteris adventitijs bonis habere solet; sequitur ut demùm defũctis filijs in bonis ipsorum adventitijs (quod negabit nemo) pater succedat non avus maternus, nam origo bonorum non spectanda erit respectu patris, licèt alitèr respectu avi diceretur, & bona prædicta, seu dos materna iàm quæsita ultimis decedentibus, effectaque eorum patrimoniũ sit; hinc concludi oportebit, dotem in sententia Martini remansam penes maritum liberorum causa fieri liberorum adventitium peculium, illudque ad patrem pervenire ipsis defunctis, non ad avum.

3 Sed & *Pragmatici* qui ut diximus communi calculo Martini sententiam sequuntur, & ad filios non ad auum dotem pervenire volũt post *Tesaurum* citata *dec.* 190. aliosque, cum hi filij postmodum decedunt, eorum patrem superstitẽ ad maternam dotem tanquam adventitium peculium admittunt, ut succedat excluso materno avo.

4 In hac autẽ Neapolitana Civitate cum pactũ quoddam fuerit usu receptum (quod novũ usum siue consuetudinem vulgò dicunt) per quod pater à successione filiorum excluditur, si filij decesserint intestati, ideo apud nos cũ casus acciderit, vel ipse avus, qui dotaverat, restitutionem dotium petet, vel proximiores ex illius linea ad successionem defunctorum filiorum in dote materna admittentur, ut docuit *Afflict. dec.* 202. ubi Addentes, & passim Nostrates. Cæterùm de iure communi alitèr obtinere ut diximus sentiũt, ideoq; passim exclamant quod avo nepotum successio minùs debita est quàm patri, aut matri *Matesil. in tract. de success. ab intest. art. 2. principali nu.* 28. *Rolandus in eodem tractatu*, alijque, cum quibus *Joannes Borcolten* alijque *institutionum* Commentatores in *tit. de hared. qua ab intestato deferuntur* in secundo ordine succedendi.

5 Quod

5 Quòd si ad defuncti successionem nō avus
cum patre eiusdē defuncti, sed avus paternus
cūavo materno concurrant,& quæras à *Prag-
maticis* quis præfetendus? Respondent: quòd si
Regulas iutis communis inspicias, sublata à
Justiniano sexus prærogativa, prælationi lo-
cus non erit; ideòque uterque ad successio-
nem admittendus pro æquali portione.
6 At si inspicias disposita per Consuetudines
Neapolitanas,& quę ad ea notant Addentes.
Cum quibus *Molfesius par.4.quæst.52.* divisio
bonotum erit facienda, itàut in paternis bo-
nis avus paternus, in maternis verò avus ma-
ternus succedant reservato tamèn (cum bona
ad maternum avum perveniunt) avo pater-
no in bonis maternis defuncti, aut ex mater-
na linea pervenris, debito bonorum subsidio,
ut *Molfes.* loco citato latè explicat; undè &
ex hoc intelligimus quod inspecto iure con-
suetudinario inter eos prærogativa, aut con-
cursus non est cum ad diversa bona alteru-
ter succedat.



CAPVT XI.

An dos data filiæ imputanda sit, ea præmortua, in legitimam nepotis.

SVMMARIVM.

1 *Distinguendum in hac quæstione, quid de iure, & quid de consuetudine.*
2 *Si quæratur quid iuris videndum an filia emancipata an vero in potestate, & quid si in potestate?*
3 *Quid si emancipata, & intestata?*
4 *Quid si testata?*
5 *Quid dicendum stante recepta consuetudine?*
6 *Quo titulo dos materna penes filios remaneat.*
7 *Eluditur Fabri oppositio.*
8 *Quid Pragmatici.*
9 *De antiqua inter Bartolum, & Baldum quæstione in hac materia.*
10 *De iure communi dos imputanda fuerat in legitima nepotum.*

1 HÆC quæstio, utrum in legitima nepo-
tum imputetur dos ab avo data filiæ
eorumque matri, duplicem habet inspectio-
2 nem. Primam ex iure communi, Secundam ex
consuetudine.& circa primam inspectionem
distinguendum erit, ut suprà sæpe sæpius in-
culcavimus, an in potestate filia decesserit,
an verò emancipata? & quidem si in potesta-
te, quia dos ad dotantem patrem revertitur,
huic quæstioni, aut locus esse non poterit, aut
exploratum erit imputandam eam esse nepo-
tibus, & in collationem venire, si existens pe-
3 nes ipsos foret. At si extrà potestatem consti-
tuta filia, diem suum obierit, iterùm distin-
guendum erit, an testata decesserit, an verò
intestata? quod si testata, ut in specie *l. Bebius 30. D. de pactis dotalibus*, de qua nos su-
prà; quia nepotes ut matris hæredes dotem
sunt consequuti, eam imputare in legitimam
non tenentur: idque est, ni fallor quod *Castrensis* dicere voluit *cons.29.col.penult. lib.1.*
4 at si testata non sit; quia in hoc casu ad avum
reversura dos fuerat, ut in superioribus dixi-
mus, eam sibi imputabunt filij in legitimam,
si apud eos repetiatur, id quod de facto, non
de iure contingere posse monuimus. Restat
quid dicendum de quintis, quas ex *Vlp. fragmento* penes maritum in singulos liberos re-
manere diximus, & veriùs est illas non sibi
imputaturos nepotes, eo quod non ut dos
(in Martini sententia) ipsis singulæ quintæ,
sed eorum patri acquiruntur.
5 At in secunda inspectione quia consuetu-
do, ut rectissimè advertit *Bartolus* avocat ab
avo dotem, eamq; dat nepotibus omninò hi
in legitimam, eo quod ab avi patrimonio sūt
consequuti illam imputari debebunt. Nàm
falsissimum est quod *Baldus* iactabat huius-
modi nepotes, tanquàm matris hæredes do-
tem consequutos, quando neq; Iurisprudentia
eos facit hæredes, neq; *Martiniana* consuetu-
do (quæ introducta ex quodam ęquitatis prę-
textu sollicita potiùs de fine, quàm de mo-
do fuit) induxit, ut succederent filij in dote
matri defunctæ; sed potiùs, ut dos remaneret,
apud eos, & ab avo avocaretur, ad quem ip-
6 so iure revertebatur. Quòd si quæras cum
Fabro num.15. quo nàm titulo hæc dos ac-
quiratur filijs, respondebo eo titulo quo ad-
ventitia dos, ut *Vlpianus* testatur in *fragmentis* semper penes maritum remanet, & eo ti-
tulo quo in aliquo casu, ut *Faber* in antece-
dentibus scripsit, si dos profectitia quærere-
tur marito, eidem quæreretur; dices, titulo do-
tis, at hic superesse non potest, matrimonio
soluto; dices titulo hæreditatis: at hoc falsum
est: fateris ergo non alium titulum quæren-
dum esse, quàm acquisitionis, quàm lucresa-
ctionis, vi, & potestate legis, vel consuetudi-
nis; nàm sicut lex induxit adventitiam do-
tem marito acquiri, ab ipsoque lucrari, ità &
consuetudo inducere poruit, ut acquireretur
liberis dos profectitia, & ab avo avocaretur,
dum consuetudo vim legis obtinet.
7 Ex his vides non multùm facienda quę dif-
fusissimè primùm *Bartolo*, nùnc *Baldo* oppo-
nit *Faber*; nàm cum fateatur ipse Martinia-
nam

nam Consuetudinem legibus adversantem esse,& debuit advertere,quod in his,quæ contrà Regulas iuris sunt introducta,non possumus iuris Regulas sequi *L. in his 15. D. de legibus*.

8 Sed parum de prędictis curãtes *Pragmatici* illud passim in hac materia admittunt, quod sivè iuris Regulas inspiciamus sivè Martini Consuetudinem, quam correctoriam,& exorbitantem fatentur ; sempèr verùm est nepotes ex filia emancipata non imputare doté maternam in legitimam sibi debitam ab avi hæreditate: & ità post *Soccinum*, *Picum*, & alios *Tesaurus dec.237. num.14. Grassus de legitima quæst.24. num.78. Mangil. de imputaat. quæst.18. n.33. Rota apud Seraphin. dec. 568. n.10. Galvanus cons.1. n.159.* concludunt.

9 Rursùs in filia, quæ in potestate patris decessit(postquàm, ut diximus, placuit,sententiam *Martini* de generali Consuetudine approbatam,sequendam esse,& dotem ab avo profectam non ad illum redire, soluto matrimonio sed ad liberos superstites per patrem perveuire) nõ parum difficilis ęstimatur quæstio,quæ intèr *Bartolum*, & *Bald.* antiquitus ortum habuit: & posteà apud sequentes continuata est, An scil. dos hæc nepotibus legitimam ab avi materni hæreditate petentibus imputetur?Sed quanquàm plura hinc indè,ut fieri solet, afferantur placuit tamèn his,qui melioris iudicij sunt, verba stipulationis, & promissionis de dote restituenda,attendenda esse, atque secundum illa distinguendum cũ *Mercuriale Merlino de leg. lib.2. tit.2. qu.13. & Mangilio de imputationibus qu.18. nu.36.* quod, & *Ripa* docuerat in *l. in quartam D. ad l. falcidiam num.196.*

10 Constat tamen apud Nostros, quod si primum caput distinctionis inspicias, cum scilicet Consuetudini Martini locus non est. Id quod in plerisque casibus evenite adnotat *Mercurialis Merlinus de leg. lib.2. q.3. à n.33.* tunc erunt attendendæ iuris communis Regulæ, & sempèr dos,quam mater accepit filij imputanda in legitimam sibi ab avo debitã, ut *Repetentes* cum *Soccino* asseverant *in l. in quarta n.138. D. ad l. falcidiam* & post *Grassum in 5. legitima quæst. 24. num.6. & 14. Tesaurum decis.137. num.3. & Seraphinum decis. 568. num.11.* aliijq; *pragmatici passim*.



CAPVT XII.

Dos ab avo per filiam ad nepotes perventa profectitia, an verò adventitia censenda.

SVMMARIVM.

1 *Dos de qua in præsenti,respectu patris,adventitia est filijs.*
2 *At respectu avi profectitia.*
3 *Quid Pragmatici.*
4 *Quid si per pactum dotiam filiæ quæsita foret.*
5 *An donatio contemplatione matrimonij imputanda.*
6 *Quidam negant.*
7 *Alij affirmant.*

1 Quanquàm respectu patris sui, dos materna à lucrata ob Martinianam Consuetudine adventitium peculium filijs sit, ideòque si cum fratribus ex secundo matrimonio natis ad communis patris successionem venirent, conferre eam non tenerentur ex *Iustiniani* præscripto in *l. ult. C. de collat.* ad quam rectissimè *Gothofredus* in notis; nihilominus quia ab avo materno profecta dos fuerat, & ab avo propter consuetudinem avocata, profectitium peculium nepotibus erit,habito respectu ad eundem avum;unde ex hoc potest concludi quod eamdem conferre nepotes debebũt cum ad avi successioné concursunt, & quod in legitima eandem imputari debeant, hæc autem quia pro trita faciunt ut pro trita etiam sint, quæ hic *Faber* habet, etiam à *Bartulianis* proposita.

3 Sed *Pragmatici* non omninò acquiescunt, quia, ut diximus, plures distinguendos esse casus in proposita quæstione contendunt,sed utcumque magis communiter, & ipsi admittunt dotem hanc, quam nepotes ab avo materno per matrem habent,quo ad imputationem in legitimam, si de successione avi tractetur,profectitiam illis esse, ab avo inquam profecta, & perventam, ideòque eam habere nepotes non tanquàm patrimonium matris, sed tanquàm ex patrimonio avi passim clamant atq;ob id Martinũ abstulisse illã ab avo, eisque per patrem, aut matrem dedisse; Hinc
4 si stipulatione, aut pacto fuisset effectum, ut non ad avum, sed ad filiam dos soluto matrimonio pertineret, utputa si fuisset stipulatum,dotem filiæ, aut eius hæredibus reddi, quoniàm in hoc casu,verum non esset quod nepotes ab avo dotem consequerentur,dum à

matre

matre consequuntur, & tanquàm illius hæredes; ideo in hoc casu illam non imputabunt in legitimam, sibi in hæreditate avi debitam, ut contendunt *Pragmatici* omnes cum *Surdo citato cons.206.num.18. Baldo, Novello de dote par.12.q.14. Campegio de dote q.66.p.3. Nevizano cons.95. num.22.* aliisque, à quibus *Merlinus de leg.p.2.tit.2.q.13.num.17.* At non sic respectu patris, adeòque respectu lineæ paternæ, nam quia dos esset adventitia non erit conferenda, ut *Repetentes* quidam *cum Soccino ad l.in quartam nu.138.* dixerant & Practici communi calculo admiserunt post *Tesaurum dec.237.n.13. Mongil. de imputat. quæst.18.n.36. Galvanum cons.1.num.165.& Rot.Rom.dec.* cum qua concludit idem *Merl. lib.2.tit.2.q.13.n.29.*

5 Porrò quoniàm placuit frequentiùs, ea, quæ de dote dicta sunt, pertinere etiam ad donationem factam contemplatione matrimonii, ut voluit *Merlinus* loco citato *num.40.* solet quæri, an sicut dos ab avo materno data nepotibus imputatur, ità & donatio facta ab eodem avo, aut à matre, imputetur in legi-
6 timam debitam eisdem nepotibus à matre, vel avo? & sunt qui denegant imputationem, quoniàm ex mera liberalitate profecta donatio, ut videre est apud *Beccium consil. 20. num.23.* cùm tamen non desint qui affirment
7 & in maiori sint numero sequuti à *Toro in compendio par.2. verbo donatio facta* contemplatione matris.



CAPVT XIII.

An nepotes dotem matris conferre teneantur, etiam si hæredes matris non sint.

SVMMARIVM.

1 *Nepotes imputare in legitimam debent dotem maternam, & si hæredes matris non sint.*
2 *Etiam si doti materna renunciaverint.*
3 *Quomodo filius confert portionem quam renunciavit.*
4 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
5 *Quando filij non conferunt dotem maternam in receptiori sententia.*
6 *Quæ in dubium revocatur.*
7 *Sed tandem asseritur.*

1 VErissimum est, & ex his, quæ in antecedenti capite dicebamus, apertissimè sequitur, quod nepotes, & si non fuerint hæredes matris, quæ dotata renunciaverat ad *Bonifacij præscriptum in cap. quamvis pactum de pactis in 6.* adhuc tamen conferre maternã dotem, eamque sibi in legitimam portionem imputare debebunt. Ratio potissima, immò unica illa est, quòd hi nepotes dotem hanc non aliundè, quàm ab ipso avo habet, quamvis ex providentia Martinianæ Consuetudinis, quæ illam regressuram, ab avo avocat, & filijs applicat, hinc succedit Regula *l. quoniã Novella 29. de inoff.testam.* quod profectum ab eo, de cuius hæreditate agitur, conferri oporteat.

2 Observandum tamen est, quod si nepos aliquis nõ solũ matris hæres esse noluerit, sed etiam dotem maternã, aut portionem illius sibi spectãtem repudiaverit, nihilominus cõferre dotem, quam non habuit, tenebitur, & proindè in suam portionem imputare. Neq; id mirum videri debet (sicut nec facit, ut deterioris cõditionis sit nũc filius, quàm si hæres matris renunciantis foret, ut *Faber* ponderat *num.5.*) nam ex eo quod ipse volens, & lubens non solũ maternam hæreditatem repudiavit, seddotẽ sive portionem, quam habiturus fuisset, à se ademit, non alteri quam sibi ipsi imputabit damnum, quod ex proprio facto sentit; alioquin in eius arbitrium foret cohæredum portionem diminuere, illisque fraudem facere, & præiudicium, ferre propriam repu-
3 diãdo portionem. Quod si quæras, & quomodo filius conferat portionem dotium quam non habet, & quam renunciasse supponimus, Respondeo quod cum portio quam ex dote materna repudiat hæreditati accrescat idipsum evenit, ac si illam conferret, & ideò neq; denuò conferre aliud, neq; imputare tenebitur, cũ ad successionem admittitur, quoniam cohæredes iam in portione repudiata, que accrevit, consequuntur illud ipsum quod habuissent si filius non repudiasset, portionem sed contulisset, itaq; posito hoc quòd diximus, semper filius confert etiam quando renunciat.

4 Sed cum cætera, quæ ad hanc materiam spectant, habeas ultra *Repetentes* apud *Rein. Bachovium* rectè explicata ad *Treutler.vol.2. disp. 17* & quæ Author novare tentat *decade 13. de err.pragmat.* refellemus *Recept.sent. decade 13.* (Deo dante) nunc *Pragmaticorum* dicta investigemus.

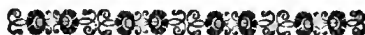
Et quidem hi volunt perpetuam esse Regulam, cum agitur in materia imputationis dotis maternæ in legitimam nepotũ, quod si eã dotem nepotes habent tanqua ex avi patrimonio, eò quod cũ ad illud redire oporteret, per *Martini* Consuetudinem ab eo ablata est, & ipsis applicata imputare eam debebunt in legitimam, dum de avi successione agitur, sed si habeãt maternam dotem non ex avi patrimonio; sed ex pacto inito, vel ex stipu-

ſtipulatione interpoſita, aut alia quavis de cauſa,& non imputabunt; quod Meliores ex noſtris ſentiunt, & probant.

5 Sed ad Regulam ſupradictam duo caſus non pertinere obſervandum eſt. Primus ſi accepta dote melior, jurata juxtà Iuris Canonici Sanctiones paternæ hæreditati renunciaſſet. Secundus ſi per ſtatutum excluſa à maſculis foret à ſucceſſione, ut evenit in Regno Neapolitano ex *Conſtitutione in aliquibus*, qua ſancitum, ut mulieres, ſtantibus maſculis, non ſuccedant; in his enim duobus caſibus *Pragmatici* videntur aſſentiri *Fabro*, & imputare omninò nepotes dotem maternam debere in legitimam, concludere, poſt *Teſaurum deciſ.*237. *num.*11. *verſ.ampla nono,& Mer.Merl.de leg.cit.lib.*2. *tit.*2.*qu.*13. *num.*26.

6 Cùm tamèn ſi ea, quæ ſuprà dicebamus juxtà eorumdem *Pragmaticorum* ſententiam attendenda forent, oppoſitū concluderetur; quoniàm cum dotem mulier, quam habet, facta renunciatione, aut ſtante ſtatuto excluſivo fœminarum, veriſſimum ſit tanquàm aliquid proprium habere, adeò ut nec ſoluto matrimonio ad patrem dotantem revertatur; ideò eum pervenerit hæc dos ad filios tanquàm matris hæredes, & tanquàm quid proprium maternū, perveniet, & ut retineant non opus Martini Conſuetudine habere videntur, quia ex receptis Juris communis Regulis ad matris hæreditatem admittuntur,& in hæreditate inveniunt dotem, cujus capax mater fuerat,& Domina jam olim effecta ſtāte diſpoſitione ſtatuti, aut ſtante renūciatione facta cum juramento, qua ſe ſucceſſione privavit; Proindè dicendum fuiſſet in propoſito dotem nepotes nequaquàm imputaturos, ut ſanè quidam & rectè tenerarunt cum *Cravetta conſ.*84.*num.*5.*Surdo conſ.*206.*num.* 23.*in fine lib.*2.

7 Sed Reſponderi poſſet pro tuenda ſententia recepta, quòd in his caſibus de filia, quæ accepta dote renunciavit, & de ea, quæ jubente ſtatuto excluſivo fœminarum dotem recepit, non tàm juris Regulas attendere, quàm æquitatem illam debemus, quæ non permittit ut nepotes ſuccedentes Avo primo dotis maternæ lucrum ſentiant, deindè & ſucceſſionem habeant, cum ſat ſit quòd non obſtante matris præmortuæ renunciatione admittantur ad ſuccedendum (nàm poſt longam diſputationem admittendos eſſe *Prag.* concludunt, atque ita jure receptum etiā rerum judicatarum autoritate firmant poſt *Capicium Latrum deciſ.*4.ubi *Gizzius*:) durū enim videbatur ut in ſucceſſione Avi nepotes, & admitti, & dotem maternam antè partem lucrari poſſint: Cæterùm ſi hæres matris filius non foret, atque ita conferre dotem maternam, quæ ad eum non eſt perventa non poſſit, quia hic non habet quod conferat, admittetur ad ſucceſſionem Aviæ eodem æquitatis prætextu, ne melioris conditionis ſit nepos, qui portionem dotis maternæ conſequutus fuit, illo, qui ne ex materna dote quidèm quicquam habuit. Sed hæc ſatis; nàm quæ ad maternam renunciationem pertinent; & quando illa filijs obſtet, & de renunciationibus tranſlativis,& extentivis plura ſunt, & paſſim obvia apud *Galleratum*, *Donadeum*, *Altomare ad Conſil.Roviti* 42.& ſimiles à quibus petenda.



CAPVT XIV.

Vtrum ex ſubſtitutione facta ultimo decedenti reciproca inducatur.

SVMMARIVM.

1 *Vetus eſt hac controverſia,& perplexa.*
2 *Prima Fabri aſſertio Vulgaris, & a Vulgaribus autoribus deſumpta.*
3 *Fundamentum eorum qui negant inducendam ſubſtitutionem directam reciprocam.*
4 *Reicitur ratio quam aſſignant.*
5 *Fabriana Reſponſio.*
6 *Refellitur.*
7 *Quid inveſtigandum pro decidenda quæſtione.*
8 *Si mater in medio eſt non inducenda pupillaris ſubſtitutio per inductiones, & conſequentias.*
9 *Quid Interpretes,& Pragmatici.*
10 *Iterum de ſubſtitutione pupillari reciproca inducenda nec nè, varij Doctores, & hinc inde.*
11 *Reaſſumitur quæſtio diſcutienda.*
12 *Non inducenda ad excluſionem Matris.*
13 *Qui contra matrem Reſpondent qua nituntur ratiocinatione.*
14 *Sed diſſolvitur,& reicitur.*
15 *Impugnatur aſſertio Covarruvia Menochij & aliorum.*

1 HÆC controverſia utrum ex ſubſtitutione facta ultimo decedenti ex hæredibus, aut fidei commiſſarijs, inducatur inter eos reciproca ſubſtitutio, magnis altercationibus, & ad nauſeam uſque ab *Interpretibus* veteribus,& *Neotericis* agitata eſt. Selegiſſe tandem meliora, & potiora ex his, quæ ad eam pertinent viſi ſunt, viri doctiſſimi *Covarruvias in cap.Rainucius de teſtam.& Menochius*

nochius lib.4.præsumpt.6. unde ex horum scri-
ptis *Faber* pleraque admittens, cætera rese-
cans, hanc suam conjecturam compilavit.

2 Et primò ad numerũ usque 8. fundat, quod
non possit esse locus huic quæstioni in sub-
stitutione vulgari, quod non minùs vulga-
tum quam verum est, & ab Interpretibus præ-
sertim *Menochio citato loco num.* 1. & 2. jam
animadversum; deindè à *num.* 13. Vulgares
etiam sequutos Scriptores in pupillari sub-
stitutione, ut vulgò fit, distinguit utrum in
sola ultimi decedentis portione fuerit tertius
substitutus, an verò in tota hæreditate; Et
primo casu non induci ait, quod sanè ex con-
iecturis elici non oportebat, cum voluntas
testatoris aperta sit, eiusq; verba tergiversa-
tionem non admittant: Secundo casu contrà
Bartolum, *Imolam*, *Aretinum*, aliósque à *Co-
varruvia* sequutos in *d.cap. Rainucius* §.8.
num.6.de testam. directam substitutionem re-
ciprocam elici posse negat: admittere tamèn
num. 14. *& seq.* fideicommissariam videtur
dum eorum qui ita volunt sententiam verio-
rem sibi visam scribit scil. quod *Baldo*, *Oldra-
do*, *& Alberico*, & quibusdam aliis placuerat
3 apud *Fusarium num.*5. Eo solo argumento
(nàm ad hoc omnia reducũtur) motus, quod
substitutio directa coniecturis induci non
possit, sed expressis, & directis verbis consti-
tui oporteat.

Verum enimverò cuicumque bona fide le-
ges interpretanti, & si superiùs adducta sen-
tentia in specie, de qua agimus placeat,
ideoque directam substitutionem pupillarem
excludendam censeat inter fratres, & si ulti-
mo decedenti in tota hæreditate pupillaris
4 datus fuerit à patre substitutus; Ratio ta-
mèn quod ad inducendam substitutionẽ di-
rectam expressis verbis opus sit, placere non
potest; nàm in *l.jam hoc jure D.de vulgari*, *&
in l.quidam testam. D.eodem* nõ expressis ver-
bis substitutio directa facta est, & tamèn ex
his, quæ expressa fuère subintelligitur, & eli-
5 citur. Neq; admittenda *Fabri* Responsio
*n.*15. quod in dictis iurib. nõ ex solis cõiectu-
ris, sed etiàm ex Imperatorum Constitutione
substitutio inducta fuerit; siquidèm dubita-
tum scimus ante *D. Marci*, & *Veri* Consti-
tutionem. Non illud, utrum coniecturis in-
duci directa substitutio potuerit? sed an in
ea specie, qua pater in unum casum substi-
tuerat, adessent coniecturæ ex quibus in al-
terum casum induci substitutio posset: & ra-
tio dubitandi ex facto ipso oriebatur, quo-
niàm ex eo, quod in unum casum substituit
videbatur elici posse voluisse prudentem pa-
tremfamilias reliquos in I.C. dispositione re-
linquere, adversùs quam ratiocinationem cũ
alii contra insurgerent Imperatores ut con-
troversiam tollerent statuerunt, non ut ex
his, quæ expressa sunt posset induci directa
alia substitutio; sed ut in proposita specie de
substitutione in unum casum facta; sat foret
quod expressum erat, ut ex eo elici posset in
alterum casum eundem sobstitutum ab eo-
dem patrefamilias fuisse; nàm ex eo quod in
unum casum providit testator, in alterum
providisse quoque censeri debet.

6 Itaque & si verum quòd conjecturis dire-
cta substitutio induci non posset, attamèn
falsum, quod semper expressis verbis ea fieri
oporteat; nàm quandoque non coniecturis
inducitur; & expressis verbis facta non est,
& tamen ex his quæ provisa sunt, aut per ne-
cessariam consequentiam, aut per justam
interpretationem elicitur.

7 In hac igitur quæstione, de qua dubita-
mus, non an directo substitutio possit sine
verbis induci, sed an coniecturæ adsint ut in-
duci possit cum substitutum est ultimo dece-
denti in tota hæreditate; vidẽdum erit, & de
hoc disputandum; & adesse eas dixère *Barto-
lus*, & *Sequaces* ea de causa, quòd cum facta
substitutio ultimo decedenti proponatur in
tota hæreditate, non alitèr potest tota hære-
ditas ad ultimum impuberẽ superstitem per-
venire, quàm per pupillarem substitutionem
reciprocam intèr eos inductam; Sed revera
hæc coniectura fragilis est, & levissima; nàm
potest & citrà substitutionem reciprocã tota
hæreditas ad novissimũ impuberẽ pervenire;
finge hunc ab intestato fratri hæredẽ fuisse, &
huic deindè substitutũ, ut in *l.qui duos 9.D.de
rebus dub.* potest è contrario & si substitutio
àdiit, non pervenire tota hæreditas ad ulti-
mum decedentem; finge ex duobus fra-
tribus primum puberem effectum decessisse,
quinimmò testatum decessisse, extraneo insti-
tuto, in hoc casu & si quàm maximè inter hos
fratres substitutionem directam pupillarem
admittas, factamque etiàm exprese dixeris,
adhùc integra hæreditas ad substitutum non
perveniet: igitur dum Iuris Cons. protulit in
l.vel singulis 37. D.de vulgari, & ex illo in-
culcavit *Justinianus in §.vel singulis instit.eod.*
quod non ex eo, quod Pater novissimo dece-
denti substituit, Ius legitimarum hæredita-
tum inter eos custodiri noluisse censendum
erit, nõ alia ratio quærenda est, sed oportebit
concludere in quæstione, de qua agimus non
posse substitutionem factam ultimo morien-
ti, licèt in tota hæreditate, importare recipro-
cam inter institutos.

8 Et id sanè, multò minùs poterit si de
substitutione pupillari reciproca tractetur cũ
mater in medio est ad eam excludẽdam, quid-
quid & malè sentiant plerique quibus *Meno-
chius assentitur citato lib.4.præsumpt.61.nu.*3.
volentes quod cum mater à statuto exclusa
non est, adhùc à filij successione excludatur

per tacitam pupillarem quam in præsenti specie inducunt, quando si quàm maximè ex coniecturis substitutio elici posset, id favore matris admittendum non foret.

Cæterùm in interpretatione citatæ *l.qui duos D.de rebus dubijs*, non solù hallucinatos plerosque ostendimus in Nostris *Suspicionum* Libris, sed & *Fabrum* quoque cæcutijsse: dum hic, & in *cap.16.num.5.* à *Castrensi* id mutuatus qui ita senserat *Soccino* teste in *comment.ad d.l.9. D.de rebus dubijs num.15.* scribit, esse in specie *d. l.* fratrem fratri hæredem ab intestatò, sed esse, nihilominùs hæredē necessarium, hoc enim asserere est in Iuris Regulas impingere, ille etenim hanc necessitatem, nonnisi servo absolutè, & filiosfamilias cum Prætoris beneficio imponunt.

9 Porrò in proposita quæstione veteribus Interpretibus *Pragmatici* assentientes communitèr Respondent, non esse ei locum in substitutione vulgari; nàm cùm unus repudiat, iure accrescendi potiùs quàm ex reciproca, portio repudiata ad cohæredem perveniet, & ultimo repudianti substitutus vulgaritèr succedendo, integram hæreditatem in posse illius ultimi invenit. Itaque in hoc Fabro concordes disserunt apud *Fusarium de reciproca substitutione q.262. a n. 1.* & latiùs in *tractatu de vulgari quæst. 54.* ubi pluta adducta ad materiam sunt, & quando ex verbis testatoris, aut ex mente aliquid pro, vel contrà possit elici explicatut. Et quanquam nōnulli ex *Baldi, Alex. Angeli, & Jasonis* doctrina plurima in hac re innovare conati fuerint cum *Fachin.4.contr.cap.72.*; Communior tamèn, & receptissima sententia in adversum stat, & non esse reciprocæ substitutioni subintellectæ locum in vulgari, contendit cum *Vasquio de success.progressu lib.2.in præf. nu.8. & in §.24. Crasso in §.subst. quæst.15. num.2. Mantica pe coniect.ult. volum. lib.4.tit.11. num.25. & lib.11.tit.5.num.3. & Peregr.de fideicommissis art.19.num.19. & 26.*

10 Sed an idem in substitutione pupillàri obtineat tàm inter *Repetentes*, quàm intèr *Pragmaticos* magna est cōtroversia; quippèq; & si omnes admittant, quòd facta substitutione pupillari ultimo morienti in portione sua, reciproca induci contrà expressa testatoris verba non possit, attamèn si substitutio fiat non in portione, sed in tota hæreditate, Quidam volunt in proposito nequaquàm reciprocam factam censeri, sed legitimam successionem intèr institutos reservatam. horum Doctorum ita sentientium nomenclaturam habes penès *Menochium dicto lib.4. præs.61. num.11. & 12. Intrigliolum cent.2.de subst.quæst.82. num.15. Trentacinquium de substit.par.5.cap.2.nu.19. Vasquium de success.progressu lib.2.§.3. num.75. & Fusarium citata quæstione 262. à num. 2.*

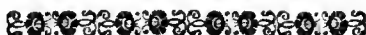
Alij ex adverso sentiunt cum *Vasquio, Trentacinq.*, & similibus, inductam esse reciprocam directam substitutionem, atq; ita *Fabro* adversantur, & pro *Covarr.* stans, & horum sententia fulciri poterit dictis à *Socc. sen.cons.80.num.2.lib.2. Corneo cons.186.n.3. lib.2. Ant.Gabrielio de sub. concl.1. num.11. Sfortia, Oddo de Compend. subst. par.5.art.6. num.13. & Peregr.de fideicomm. art.13. n.15.* qui omnes moventur ex doctrina *Bartoli in l.Titia Sejo §.Seja libertis D. de leg.2. & in l.vel singulis D.de vulgari.*

11 Ergo ut quænam harum sententiarum verior sit dignoscatur, iterum ad *Pragmaticorum* normam disquirendum erit, Primò, utrū substitutio directa possit ex coniecturis induci; Secundò an in quæstione, de qua agimus, hæ coniecturæ adsint. Et ad proposita, sunt qui negant coniecturis induci substitutionē directam posse, sunt qui affirmant, utriusque sententiæ Autorum nomina attulit *Fusarius de subst.quæst.5.nu.1. & 2.* frequentiùs tamèn placuit induci quidèm posse; sed ex his coniecturis, quæ ab illis quæ in testamento expressa sunt, desumantur, ut post *Baldum, Aretinum, Zanchinum, Aquilinum, Alciatum, Soccinum, Hondedeum, de Pretis*, aliosque concludunt *Menochius dicto lib. 4. præsumpt.64. Intrigliolus de subst.cent.2. quæst.84. num.17. & Fusarius dicta quæst.5.num.3.* hinc si subtilitèr ad terminos quæstionis propositæ attendamus, inveniemus quod quamvis verissima Regula generalis de non inducenda ex coniecturis substitutione directa, adhùc poterit dici in præsēti cū *Bart.* quod substitutio directa reciproca inducitur nō ex cōiecturis, sed ab expressa substitutione facta ultimo decedenti, atque ita ex apertis verbis, & expressa testatoris voluntate, quæ ultimo decedenti in tota hæreditate se substituere pupillaritèr pronunciavit; & tātò magis videtur posse induci, quia alioquin verba prolata à testatore, verificari non possent, ut post *Aretinum, & Alciatum* ratiocinatur *Menochius dicto lib. 4. præsumpt.61.num.5.*

12 Sed quidquid de his sit, illud omninò recipiendum Meliores volunt, ut cum mater in medio est, neq; à statuto, ut fieri aliquibus in locis solet exclusa, etiam dato quod coniecturis possit substitutio directa pupillaris induci, nihilominùs matris favore, ne filij successione, & multò magis ne legitima privetur, inducenda minimè erit, ut inter antiquos sentière *Dinus, Baldus, Albericus, Angelus, Romanus, Fulgos. ad cit.l. vel singulas*, quorum *Menochius ubi supra num. 4.* meminit, & sequitur *Alciatus* in eadem *l.vel singulas num.6. & Fachineus lib.4. contr. Iuris cap.79.* Item adducit *Fusarius citato cap. 262. nu.14.*

13 *num.*14. Et quanquàm in contrarium magis communitèr concludant Nostri; sub eo prætextu, & colore quod integra hæreditas ex testatoris iussu ad ultimum ex filiis, & per hunc, eo decedente, ad substitutum pervenire debeat, quod non alitèr contingere poterit, nisi matet, quæ à statuto exclusa non est à substitutione subintellecta excludatur, ut ipsi ratiocinantur post *Aretinum*, *Imolam*, *Socinum seniorem*, & hujus farinæ *Interpretes* apud *Menochium loco citato*, *Sforzia Oddum de compendiosa par.*5.*art.*6. *num.*24. *Trontacinquium de subst.par.*5.*cap.*2. *a num.*20. *Intrigliolum cent.*2.*quest.*82. *num.*3. *Covarruviam in citato cap. Rainucius* §.8.*n.de test.am.*3
14 Attamèn poterit ad eorum ratiocinationè obviam iri dicendo, quod testator ille, qui uxorem non expressè exclusit, substitutionem pupillarem reciproeam inter filios constituèdo, censendus est, nèq; tacitè eam voluisse excludere, & per consequens parùm curasse, quòd non integra hæreditas ad substitutum tandem fit perventura, satis contentus quod perveniat in quantum per leges licebit, & quatenùs ab illis permittatur; Cæterùm inspectis, quæ frequentiùs accidunt, & naturæ ordine ad quem respexisse Patremfamilias credendum est, dicemus aptissimè eum dixisse ut integra hæreditas ad substitutum perveneret nam cogiravit quod præfuncta filiis matre, locus substitutioni tandem fieri posset, & ad hunc casum, non ad alios providere prudentem patrem, amantemque Coningem existimandum est, voluisse, relictis aliis casibus incogitatis, & mali
15 òminis, in Iuris Civilis dispositione. Hoc autem eum admittimus multò fortiùs reiiciemus, quod dixère *Covarruvias in citato cap. Rainucius* §.8. *num.*6. *Menochius lib.*4. *præsumpt.* 61. *num* 7. *Intrigliolus de subst. cent.*2.*quest.*8. *num.*5. nempè, esse inducendam reciprocam ad exclusionem matris, & si testator non de tota hæreditate loquutus fuerit, sed indefinitè de hæreditate, vel bonis: nam cum in hoc casu cesset etiam coniectura ex eo desumpta quod alitèr tota hæreditas pervenire non posfit ad substitutum, nullum vestigium remanet ex quo appareat Patrem voluisse uxorem excludere à filiorum successione.





CAPUT XV.

An saltèm fideicommissaria substitutio reciproca sit admittenda.

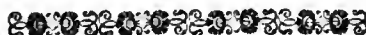
SUMMARIUM.

1 *Affirmatur posse.*
2 *Fabri Obiectiones.*
3 *Reiiciuntur.*
4 *Quid Repetentes, quid Pragmatici.*
5 *Quidam eorum Fabro adsentiuntur.*
6 *Qui tamen proprijs traditionibus repugnant.*

1 SI ex eo negavit *Faber* posse reciproca directa induci, ab illa substitutione quæ ùltimo decedenti facta est, quia reciproca directa induci coniecturis nequit, debuit omninò fideicommissariam admittere; nàm hæc viceversa coniecturis induci solet, & ita passim *Interpretes* ferè omnes sentière post *Cinum* aliosq; supra adductos. Attamèn Oppositum in præsenti *nu.*8. concludit, & nò solùm non directam reciprocam; sed neq, fideicommissarium recepit, quàdò ad hanc inducendà conjecturæ sufficiunt cum ex sola testatoris volùtate pendeat, ut adnotant cōmunitèr ad *ad l. cū proponebatur* 67.*D.de leg.*2. & hę cōjecturæ ex eo quod ultimo expressim in tota hæreditate substitutum fuit, satis adesse videntur.
2 Neque obstabant quæ *Faber* pondetat in adversum; nam illis nil aliud concluditur, quàm quod absurdum videatur, ut directa substitutio pupillaris parturiat alterà diversi
3 generis, nempè fideicōmissariam, quàdo facilis Responsio erat, scil. quod hic non una substitutio parit alteram; sed quæ expressim facta est, conjecturà parit, qua ex illa, factam alteram credamus, atque ità non ex eo; quia testator substituit directò, nascitur fideicommissaria, sed ex eo quia testator directò substituendo voluit totam suam hæreditatem ad substitutum pervenire, eumque adeò dilexit, ut quod in filios pattitus fuerat, collectū in eum ire tandem voluerit ex hoc, juxta interpretatione, fideicommissum elicimus: atq; ita duplex erit substitutio in proposita quæstione, una que ab altera diversa; sicut diversum genus eorum est. Et prima directa ex expressis verbis orta, secunda fideicommissaria ex conjecturis elicita est.
4 Cæterùm quoad *Repetentes* attinet, & *Pragmaticos*, quoniàm, ut diximus, potissima Ratio, quæ eas movit post *Menoch. consil.*47. *num.*48.

num.48. Hondedeum conſ.51.num.66.& conſ. 87.lib.2.Magon.deciſ.82. num.12. ad excludendam reciprocam pupillarem, ea fuit, ut diximus, quia directa ſubſtitutio per conjecturas induci nequit, proindè hac ceſſante ratione in ſubſtitutione fideicommiſſaria, Meliores concludunt adverſus ea quæ *Faber* hic ſcripſit, & aſſentiuntur his quæ ſcripsère *Covarr. Soccin. Oddo, Peregr.* & alij, quorũ plures nõ ſolũ fideicommiſſariam, quod minus eſt; ſed, ratione adducta non obſtante, ſubſtitutionem reciprocam pupillarem etiam induci affirmant penès *Fuſarium quæſt.* 262.

5 Ex adverſo non deſunt *Fabro* ſui Authores qui non tãtùm pupillarẽ induci poſſe; ſed & fideicõmiſſariam negant, à quibus ipſe plura deſumpſit. Præſertim à *P. de Caſtro, Ripa, Jaſone, Zanchio, Cephalo, Burſato, Peregrino,*
6 pluribus in locis apud *Fuſarium* ubi ſuprà. Cũ his tamen omnibus, opponant qui contrariam tuentur ſententiam, quod dum ipſi fatentur ſubſtitutionem fideicommiſſariam ex conjecturis admittendam eſſe, quæ vel ex neceſſaria conſequentia, vel ex alijs expreſſis in teſtatoris verbis elici poſſint, ut ipſi *Caſtrenſis, Jaſon, Zanchius, Peregr. Menochius, Burſatus,* penès eumdem *Fuſarium quæſt.* 471. concedunt; non poſſunt in præſenti, nec debent, negare quod etiã inducenda ſit, & admittenda directa quæ venit per cõſequentiam neceſſariam, & ex eo quod teſtator voluit integram hæreditatem ad ſubſtitutum pervenire, ita enim jubendo, dum ultimo decedenti ſubſtituit, ſatis conjecturas præbet, & verba, ex quibus fideicommiſſum eliciatur. Vide poſt alios, & *Peregr. de fideicomm. art.* 13. *num.* 4. *& num.* 73.



CAPUT XVI.

De ſubſtitutione fideicommiſſaria facta ultimo decedenti.

SUMMARIUM.

1 *Meliores admittunt ſubſtitutionem fideicommiſſariam reciprocam ex ſubſtitutione facta ultimo decedenti.*
2 *Modò de tota hæreditate, vel toto legato loquutus teſtator fuerit.*
3 *Faber de hoc ſecundo dubitat.*
4 *Tandem aſſentitur receptæ ſententiæ.*
5 *Repetentes, & Pragmatici idem eſſe volunt ſi teſtator dixerit indefinitè in mea hæreditate in bonis meis, &c.*
6 *Refellitur Sfortia Oddus.*
7 *Non ſemper verum quod propoſitio indefinita æquipollet Univerſali.*

1 Qui meliùs, & certiùs ratiocinantur, hâc relicta quæſtione de ſubſtitutione directa, diſputant de fideicommiſſaria, ſed & ſi admittant ut ab illa, reciproca ſubſtitutio poſſit induci, eo quod ultimus decedens gravatus fuit per fideicom-
2 miſſum reſtituere, eatenùs tamen admittunt, quatenùs teſtator expreſſerit ſe velle integram hæreditatem ſive totam, aut integrum legatum reſtitui atque ſuam voluntatem ita eſſe declaraverit.
3 *Faber* autem hic tentat, an idem dici poſſit, ſi non expreſſerit teſtator ſe velle, ut integra, aut tota hæreditas, vel legatum reſtitueretur; quoniàm, ait ipſe à *nu.* 8. *in l. Titia §. Seja libertis de leg.* 1. quo *Interpretes* movẽtur, non eſt expreſſum aliquod, ex quo colligi poſſit, rogatum cũ, qui noviſſimè moreretur
4 totum fundũ reſtituere; nihilominùs tandem concludit cum recepta, vulgataque ſententia. Hinc quoniàm circa illam quam & nos admittimus, aliud dicendum non reſtat lectorem monemus, quod ea quæ *Faber* hic affert fuerunt ab *Interpretibus*, præcipuè *Covarruvias, & Menochio* ferè omnia adducta.
5 At ſi teſtator per fideicommiſſum ultimo decedenti, non ſolum his uſus verbis *in tota hæreditate* ſubſtitueret, ſed indefinitè *in hæreditate, vel in bonis*, aut *in hæreditate ſua*, vel *in bonis ſuis*, ſe ſubſtituere dixiſſet, aut illa reſtitui juberet, adhùc communitèr apud Noſtros Receptum eſt quod fideicommiſſaria reciproca intèr inſtitutos facta cenſebitur. *Curtius Iunior, Ripa, Soccinus, Portius, Pariſius, Decius, Viglius, Cephalus, Menochius*, & alij, cum quibus *Peregr. de fideicomm. art.* 13. *num.* 10. *Fuſarius de ſubſt. quæſt.* 472. *num.* 15. *& num.* 55. *& conſ.* 105. *& Farinac. in deciſ. Rotæ Romanæ* 266. *num.* 12. *& deciſ.* 300. *n.* 10. *par.* 1. *Barzius deciſ. Bononien.* 75. *num.* 36. & alij paſſim.
6 Hinc mirari nos decet, qua de cauſa *Oddus de compendioſa ſubſtit. par.* 5. *num.* 17. *art.* 6. ſcribere auſus ſit, communem opinionem in contrarium eſſe, & reciprocam fideicommiſſariam excludere, niſi dicas, illum *Fabrum*, legiſſe eumque facere communem opinionem poſſe credidiſſe.
7 Cæterùm axioma illud, quod indefinita propoſitio univerſali æquipollear, de qua hic *Faber*, ſuas apud Noſtros difficultates patitur, neque ſemper verum forè, & indiſtinctè conſtat ex *Alciato Reſponſo* 56. *Ozaſcho deciſ.* 110. *num.* 10. *Menochio cit. præſumpt.* 4. *præſumpt.* 62. *à num.* 2. & ſimilibus.

CA-

CAPVT XVII.

Quid si substitutio non facta ultimo decedenti, sed simplicitèr post mortem plurium?

SVMMARIVM.

1 *Si substitutio non expressim ultimo decedenti, sed simpliciter facta fuerit, an inducatur reciproca, plura Covarruvias a quo Faber.*
2 *Repetentes tamen, & Pragmatici passim negant.*
3 *Quidam tamen repugnant.*
4 *Sed deferendum dilectioni personarum, & conjecturis.*

1 SED si substitutio non fiat ultimo decedenti, sed simplicitèr *post mortem plurium*, vel *post mortem omnium*, vel sub nomine collectivo *, si uterque*, aut *si omnes decesserint*, receptum est apud plerosque ex *Interpretibus* non eam inducere reciprocam inter gravatos, hoc autem quoniàm pluribus explicavit post antiquos *Covarruvias in cit. cap. Raynucius* §. 8. *num.* 4. placuit *Fabro* ex illius scriptis caput hoc consarcinare.

2 Quod si omisso *Covarruvias, & Fabro, à Repetentibus* aliis & *Pragmaticis* quæras an, substitutio fideicommissaria facta post mortem plurium, aut post mortem simplicitèr, inducat fideicommissum reciprocum? hi omnes uno ore clamabunt, nequaquam cōspirātes inter se *Repetentes Consulentes Tractantes, & decisionem Collectores*, ut videre est penès *Fusarium quæst.* 471. *à num.* 1. licèt, ut
3 in omnibus Juris nostri propositionibus evenit, non desint qui contradicant ab eodem *Fusario* adducti *num.* 2.

4 At cum dilectio personæ, aut verisimilitudo alitèr expostulat, à proposita Regula recedendum Nostri volunt, ideòque per conjecturas procedunt, quæ idem *Fusarius* enumerat loco citato.



CAPVT XVIII.

De Interpretatione §. cum ita l. hæredes mei D. ad S.C. Trebell.

SVMMARIVM.

1 *Displicuit Fabro vulgaris assertio.*
2 *Nostra sententia media inter Fabrianam, & Vulgatam.*
3 *Explicatur tex. in §. cum ita l. hæredes mei.*
4 *Reicitur Fabriana Conjectura.*
5 *Ratio dubitandi apud Papin.*
6 *Ea non obstante aliter concluditur.*
7 *Quid Nostri in proposita quæstione.*
8 *Quædam illorum traditio refertur.*
9 *Impugnatur.*

1 DIsplicuit *Fabro*, quod aiūt vulgò, admittendū fideicommissarium ad portionē deficientem, si in unius tantùm persona conditio extiterit, quando per dictionem collectivam concepta conditio fuerit, eaque de causa adversùs *Interpretes* interpretandum sumit in præsenti *Papiniani* Responsum, quod extat in *l. hæredes mei* 57. §. *cum ita D. ad Trebell.* ut ex illo adversùs *Covarr.* aliosq; qui vulgatam assertionem defendunt, adversus eos concludat.

2 At mihi cui neque *Covarr.* satisfacit neq; Fabriana conjectura admittenda in quæstione, de qua agimus videtur, placet mediam sectari sententiam. ideòque primum suppono, (quòd apud omnes in confesso est;) locum substiruto esse statim quod alter ex gravatis decessit, si fideicommissum à pluribus universalitèr post eorum mortem relictum fuerit, nam ità docent text. apertissimi in *l. ult. §. filium D. de leg.* 2. *& in l. Lucius* 78. §. *Caio D. ad Trebell.* hoc autem ita supposito, Si quæras, an idem dicendum sit, si testator, non universali dictione, sed collectiva usus fuerit? tunc nō simplicitèr, cum *Interpretibus* affirmabo, neq; cum *Fabro* simplicitèr negabo, sed cū ipso *Papin.* in citato §. *cum ita*, conjecturis expiscādum, quid testator senserit eiusq; voluntatem sequendam Respondebo. Non ergò illud, aut illud absolutè definiam, sed ut in plerisque Juris Nostri articulis dicitur, dicam id quod scriptum est ad testantium voluntatē à conjecturis eliciā accommodandum esse; fateor tamen inter conjecturas non levem eam esse, quæ ex personarum affectione, & ex testatoris prædilectio-

ctiooe sumi possit; Et hinc concedam, quod *Covarr.* post *Interpretes* asserit pro exceptione ad Regulam ab illis absolutè & malè positæ, & libentissimè concedã omnium mortem expectandã esse, ad hoc, ut substitutus admittatur, sed tunc quãdo substitutus minùs dilectus quã institutus est, & coniuoctus, aut com ipse non tàm cooiunctus testatori quam ille qui conjunctus, & in propinquiori gradu.

3 Veniamus nùnc ad speciem §. *eum ità*, de qua verbosissimè *Faber* in præsenti. Et primo io ea observandũ est quod neptis *Clandia* non novissimo decedenti, (si vetba secundæ substitutionis attendamos) substituta fuit, sed ambobus; ità enim ea se habent. *Quod si uterque sine liberis diem suum obierit, omninò hareditatem ad neptem Claudiam pervenire volo*; At quia testator teciprocam substitutionem intèr liberos fecerat, sumpta ab hoc coniectura, nõ priùs vocata neptis censetur, quàm si novissimus decesserir, undè & si ità loquutus foret testator, *quod si uterque sine liberis diem suum obierit*: aut ità *quibus sine liberis decedentibus* &c. nibilominùs neptis nõ antè novissimi mortem admitti poterat; nàm substitutio reciproca facta id importat: hoc autem omne in præsenti facit ut dictio collectiva, & si aliter credat *Faber*, & perpetuò inculcet, non operetur, sed faciat, operetur testatoris voluotas id ipsum, quod faceret, si non dictione collectiva, usus fuisset.

4 Observandum secundò non esse assentiendum *Fabro num.7.* dum ait in specie *Papiniani* dictionem collectivam *uterque*, non stare collectivè quoad conditionem posterioris substitutionis; sed stare collectivè quoad effectum, & commodum ipsius, hoc est ratione rei per fideicommissum relictæ, sivè totius hæreditatis; nàm quinimò dictionem collectivam stare quoad ipsam conditionem substitutionis apertè idem *Papinianus* pronunciat, ibi, *prima facie propter conditionis*
5 *verba non admitti videbatur*. Et planè qualis alia ratio esse poterat excludendi neptẽ, nisi illa sola, quod ex verbis *utroque mortuo sine liberis* videbatur, non aliter admittendã neptem testatorem Avum voluisse, quàm si uterque, idest tùm unus, tùm alter filius, sine liberis decessisset. Quod si dixeris potiùs ex verbis adductis colligi quod testator tũc voluerit admirtendã esse Claudiam, cum denuò coniunctę fuerint in unũ portiones hęreditatię iterũq; unita hæreditas illa, quã ipse interim in duas partes distribuerat, in ide coincides; nàm hoc ipsum non alitèr evenire poterit, quàm utroq; sine liberis defuncto, nempe, quam si primus sine liberis primò decesserit deinde secundus.

6 Non obstante tamen adducta in contrarium ratiocinatione, quia in huiusmodi substitutiooibus per dictionem collectivam factis procedendum coniecturis erat, & sequenda testatoris voluotas, ideo visum *Papiniano* est, ut quamvis prior ex institutis cum liberis defunctus fuerit, adhùc novissimo sine liberis mortuo, succederet neptis fideicommisso vocata; potuir ultra prædicta etiam *Papinianum* movere, qood quæstio erat inter filios prædefuncti filii, & neptẽ ex alio filio, nempè inter nepotes in pari gradu, & pari charitate testatori conjunctos; ideòque nec illi huic nepti, neque hæc illis præferenda. Hanc tamen inspectionem visum, & si id oon exprimat JurisConsultus, præ oculis eum habuisse, qui bona fide leges ioterpretatur facilè sibi suadebit.

7 At, hæc eadem quæstio, ao facta substitutione si uterque moriatur, altero decedente, statim substirutus admitti, an verò utriusque mortem expectare debeat; adeòq; an in singularitates, pluribus facta substitutio resolvatur? habet quoque apud Nostros suas tricas, habet suas difficultates, unde vix Regula firma constitui potest, & vix aliquod dici, quod contradictotem non habeat, ut ex benè longa *Fusarij quæst.* 473. ostenditor; utcumque tamèn ex tàm divetsimodè, & prolixè dictis, illud colligi poterit, quod ad hoc, ut substitutio facta pluribos in singularitates resolvatur, erit impulsom desumeodum, aut à testatotis vetbis quibus usus est cum substituit, aut ab ipsius voluntate per coniecturas elicita, & hæ coniecturæ à persooarum affectione, a verisimilitudine, ab absurdo vitando, & à similibus locis deducentur.

Cæterum circa speciem hujus *l. heredes mei* de qua hic *Faber*, vulgares *Interpretes*, & *Pragmatici* parùm in expendendis subtilitèr verbis utriusque substitutionis factæ, nempè reciprocæ inter frates, & fideicommissariæ ad favorem neptis Claudiæ, laborandum existimant: contenti simplicitèr affirmasse, qood ideò nepris Claudia ooo admissa; qooniã de liberis testatoris tractabatur: horũ enim qui superstes & si Reciproca intèr ipsos non facta adhùc (fratre substituto excluso) ab intestato successurus fuisset, ut *Salicetus, Alexander, & Corneus ad l. penult. C. de impub. & alijs subst.* & idẽ *Alexander, & Ripa*, & similes ad hanc *l. heredes mei* scriptum teliquere, *Soccinus senior* communirèr receprum, & esse testatur *cons.* 94. *nu.* 14. & *Alexander Trentacinq.* etiam verum esse, & ità sentire omnes fatetur *de substit. par.* 2. *cap.* 6. *nu.* 33. quibus adsentiunrur *Pragmatici* nostri cum *Regente de Marinis lib.* 2. *cap.* 220. *num.* 2. & *Alto-*
8 *mario ad Rovitum cons.* 76. Sed cum citati *Interpretes*, alijque à *Fusario* adducti ubi suprà *num.* 87. & sequentibus dicant, omninò esse admittendum substitutum quando Superstes

ex

ex institutis, testatori, ab intestato successurus non foret: illud mihi tamen non placet, quod adijciunt, hoc ipsum evenire (inter alios casus) etiam quando à gravato moriente, is, qui superstes remanet, testamento à successione exclusus fuisset, ut scripsit post alios *Hondedeus cons.* 63. *nu.* 28. *lib.* 2. qui addit, hoc dicendum quoque si apertè foret exclusus, nedum, si non positivè institutus ab eo, qui gravatus decedit; habent enim pro certo ad admissionem exquiri, ut superstes fuerit institutus, quomodo post innumeros adnotavit *Fusarius* ubi suprà *num.* 38.

9 Non placet sanè; nàm cum nos non de illius, qui præmoritur ex institutis, hæreditate, sed de testatoris successione quæramus, dicendum erit, quod sicut is, qui moritur, ad alium, quam ad quem testator voluit portionem transferre non potest, ità neq; privare eumdem iustè pterit eadē portione; & proindè in specie proposita non admittendus substitutus, quoniàm noluisse testator creditur, illum admitti, nisi urtoque gravato mortuo, atque ità post utriusq; mortem. Et ex hoc primo defuncto, secundus & si ab hoc primo fuerit à propria hæreditate exclusus, succedet tamen in portione à testatore eidem perventa; nàm sufficit posse ab intestato succedere, alioquin dicendum esset, in potestate primi decedentis positum si velit superstitem admittere, & frustrà tot disputationes fieri, quando non aliud videndum foret, nisi an instituerit is, qui mortuus est, an verò excluserit superstitem.



CAPVT XIX.

Ad l. penult. C. de impub. & alijs substitutionibus.

SVMMARIVM.

1 *Controversia apud Antiquos Juris Consultos*
2 *Justiniani decisio.*
3 *Error Interpetrum & Fabri quoque.*
4 *Impugnatur Faber ob testatoris voluntatem.*
5 *Item ob Verba.*
6 *Reicitur commentum Fabri.*
7 *Quid concludendum?*
8 *Repetentium sententia, & Pragmaticorum.*

1 Diximus in capite antecedenti, quod in fideicommisso sub conditione collectiva concepto procedendum erit per coniecturas, sequendumque testatoris voluntatem, sed utrùm in pupillari substitutione eodem modo concepta, *si uterque impubes decesserit* id locum habeat, non parùm inter ipsosmet J.C. cōtroversum fuisse cōstat, nā *Proculiani*, ut par est credere, affirmabant; in contrarium *Sabiniani* rem certam esse contendebant, & patrem, qui utroque impubere mortuo, Titium substituerat, satis suam voluntatem expressisse, ideòq; substitutū negabāt admittendum fore, nisi uterque decessisset. At noster
2 *Justinianus* Controversiam decidens *Sabini* sententiam approbavit, & sua Constitutione, quæ una ex quinquaginta decisionibus est, lata post Consulatum *Lampadij*, & *Orestis* extatque in *l. penult. C. de impub. & alijs substit.* ita jus esse sanxit.

3 Cum ergò certum in jure sit differre in proposito pupillarem substitutionem, à fideicōmissaria, quamvis utraque sub dictione collectiva fuerit concepta; nàm in fideicommissaria coniecturis expiscanda voluntas est, eaq; servanda, quod semper fieri solet in hujusmodi præcarijs substitutionibus *l. penult. D. de leg.* 1. *l.* 11. *§. item si quis l.* 18. & *l.* 95. *D. de leg.* 3. *l. cum quærebatur* 64. *D. de leg.* 2. at in pupillari substitutione directa, verba ipsa attēdenda, quæ ex *Justiniani* Constitutione certam habent interpretationem; quis non miretur *Interpretes* nostros hoc ipsum dennò in controversiam deduxisse, & veluti re adhùc integra, in utramque partem disputasse? Quis verò non respuat *Fabrum* in præsenti transversè omnia interpretantem, & prorsùs oppositum ejus quod res est, & *Juris Consulti* responderunt, quinimò ejus quod *Imp.* constituit, coniectari nōn solum velle, sed affirmare.

4 Oppositum sanè; nàm primo sub *num.* 4. distinguit quidèm fideicommissariam à pupillari substitutione; sed vult in eo esse differentiam, quòd in pupillari substitutione dictio collectiva non requirat eventū conditionis in personam utriusq; ideòque alterutrius obitum sufficiat, è contra fideicommissaria requirat, ideòq; non sufficiat unius mors. Hoc autem nil contrariū totæ juris prudentiæ dicit poterat, quippè sive testatoris voluntatem, sivè verba ipsa attendas in pupillari substitutione, nunquàm verum, collectivam dictionem non requirere in personam utriusque conditionis eventum; & quuad voluntatem; testatorem qui filijs impuberibus substituit sub conditione *si uterque decesserit impubes*, cogitasse, & voluisse primo filio decedenti fratrem superstitem filium suum in prædefuncti portionem succedere credēdum erit *Sabino* id asserenti apud *Justinianum in cit. l. penult.* credendum etiā charitati, & affectioni paternæ, quæ lōgè propensior in filium superstitem, quàm in substitutum, ut vel ipse *Faber* fassus est, dum sub *nu.* 2. scripsit in substitu-

stitutione pupillari non facilè evenire posse, ur persona substituta dilectior sit instituto; nam solis filijs pupillaritèr substituitur *l.2.* cum similibus *D.de vulgari.*

5 Certi ergò de testatoris voluntate, verba inspiciamus, & hæc cum ità se habeant, *si uterque impubes decesserit*, quis non intelligit utriusque impuberis expectandam esse mortem, ut substituto sit locus? Et rogo si dixisset *si ambo impuberes decesserint*, an *Faber*, aut alius quispiam negaret utriusque mortem expectandam esse? certè non negaret; nàm ità concepta substitutione Respondit *Papin.* novissimum fratrem priori fratri defuncto heredem fore, novissimo autem, substirutum *l.qui duos 42. D.de vulgari:* at non diversæ significationis saltèm in hac te illa locotio est, *si uterque decesserit.* Audi *D. August.* in proposito optimè expensum ab *Emundo Merillo* in expositionibus ad *Justiniani decisiones cap.41. uterque* sigoificat *ambos*, & tamèn *singularis sermo est significatione duali.* Audi *Grãmaticos* passim scribentes, *uterque* idest *ambo*, & apud *Plautum* in *captivis* quo loco scriptum: *uterque insaniunt* adnotantes, *idest ambo insaniunt*; Concludendum itaq; quod hujusmodi verba: si uterque decesserit, utriusque mortem exigunt, cum certum quoque *Papinianum* (à quio dissentire ineptire est) fareri apertè in §. *cum ità legis hæredes mei 57. ad Trebell.* dictionem *uterque* in utraque persona eventum conditionis exigere; hinc cum in illa specie excludenda videretur neptis ob verba, ad volontatem tecurrere opus fuit.

Patet ex dictis quod qui *Fabrum* in præsenti sequuntur adversùs *Papinianum*, dum asserunt verba *si uterque decesserit* in substiturione pupillari non *utrius*, sed *alterutrius* mortem exigere, prorsùs desipere velle cum credant citata verba posse mutare naturam, & significationem, nèe idem esse, quoad collectivam dictionem, dieere: *si uterque sine liberis decesserit*, & dicete *si uterque impubes decesserit.*

6 At *Fabri* assumptum quod in pupillari substirutione, pater, qui pluribus liberis pupillaritèr substituit, licèt sub illa eunditione: *si uterque impubes decesserit*, utrique separatim hæredem dare intelligitur, & quidèm purè, nàm verba *si impubes decesserit* adijciuntur, ut ostendant nolle patrem filio testamenrum facere, nisi in eum casum, in quem porest; planè commentitium est; nàm primo quamvis pater separarim filijs hæredem dederit, non eumdem ramèn dedit; sed fratri primo decedenti frarrem, novissimo vero, aut ambobus simul deeedenribus, extraneum; pari modo commentitium quod purè datus sit substitutus; nàm quinimò sub conditione datum constat non solùm ex illa, *si impubes decesserit*: sed ex alia, *si uterque decesserit*, quæ conditio est, & pet dictionem collectivã apposita. Et sanè suavis *Faber* videtur, qui ità ratiocinatur, ac si simplicitèr scripsisset testator, *si impubes decesserit*, nèc quæstio in terminis proponeretur de substitutione sub conditione per dictionem collectivam facta; Cæterùm qui contenderit huiusmodi verba conditionem non esse, neq; importare, is & in sensu communi errabit, & adversùs *Sabinum*, *&* *Justinianum* sentiet, quinimmò & adversùs ipsos *Proculianos*, qui non ausi sunt suam assertiooem fundare in verborum vi, & substitutionis natura, ut *Faber* jactat *num.* 8. sed fassi obstare verba, voluntatem attendendam volebant cum *Papin. in cit. §. cum ità.*

7 Itaque concludi primò potest qood ex vi ipsa verbotum exeluditur à *Sabino*, *& a Justin.* substitutus, quamquã etiàm ex testatoris voluntate; nàm sicuti in fideicommissaria ad voluntatem trahebant verba J. Cons. ità è contrà in hac directa, voluntatem ex verbis interpretati sunt *Sabinus*, *& Justinianus.* Secuodò poterit concludi, hanc substitutionem ità conceptam *Si uterque impubes decesserit* conditionalem esse, & uti talem interpretandam. Tertiò concludi etiam poterit, quod quamvis substitutionem, de qua disputamus loeptam reddere conetur ineptissima quadã conceptione, & explicatione *Faber* sub *nu.* 8. non tamèn talis est: sed frequens, apta, & elegantissima: atque ità ex *Sabini*, *& Justiniani* interptetatione cõeipienda: *filios meos impuberes instituo: quod si alter impubes decedat, frater superstes hæres sit, utroq; impubere mortuo Titius*, reliqua autem, quæ *Faber* affert, an admittenda, an verò respuenda sint, satis patet ex dictis.

8 Sed quamvis *Bartolus in l. hæredes mei §. cum ita D. ad Trebell.* cum quo *Repetentes*, *& Vasquius de success. progressu §. 25. num. 48.* scripserint in hoc tractatu, de quo agimus, à pari procedete substitutionem pupillarem eum fideicommissaria, ideòque secundùm hanc Regulam, dicendum foret, coniectutis eliciendum, utrum restator voluerit, mortuo primo ex impuberibus filijs statim substitutum pupillarem admitti, an verò expectandam esse alter ius mortem; attamèn in oppositum eoncludunt omnes Nostri ex citata apertissima *Inst. Constit. in l.pen. C. de impub. & alijs substit.* quoniam ab illa effectum, ut opus non sit coniecturis, dũ constitutum est, quod, quoniam paterfamilias substituit, ut supponimus simplicitèr, & copulativè, vel collectivè, satis se expressit; quod nolebat substitutum venire, nisi post utriusque instituti filij mortem, & nonnisi eum io ambobus verificata conditio fuerit, *Mantica*, qui de com-

muni

muni testatur de *conject. ult.volun.lib.11. tit. 5.num.10.* *Alex. Trentaeinquius de subštit. par.2.cap.6. num.5.* & *Fusarius de pupillari quast.162.* Er quanquàm non desunt qui alitèr sentiant, atque in hac re, ex verbis prolatis quid testator voluerit, itèm ex personarum superstitum affectione conjectandum contendant, intèr quos sunt *Soecinus senior in d.l.haredes mei, Vasquius ubi supra nu.50. Intrigliolus de subst.cent.3. quast. 48. num.9.* à quibus nèc *Peregr. de fideicomm. art.13. num.13.* multum alienus videtut, attamen priorum sententia receptior est, & probabilior, etenim ut diximus *Justin.* apertè locutus est in *d.l.penult.* (& nisi in contrariū urgeat, quod superstes succedere non valeat id quod quandoque evenire posse per varia exempla post Doctores *Fusarius* loco citato fusè ostendit, & novissimè *Altomarius ad Roviticonf. 76.à n. 8.*) non debemus ab eo quod pluribus placuit, recedere.



CAPVT XX.

De differentia inter pupillarem, & fideicommissariam substit.

SVMMARIVM.

1 *Quid ex Superioribus concludatur.*
2 *Conjectura desumpta ex affectione personarum urgentissima.*
3 *Corruptum à Triboniano textum in l. is qui ducenta §.si pater, existimat* Faber.
4 *In contrarium disputatur.*
5 *Reiciuntur* Fabriana *coniectura.*
6 *Quid Interpretes, & Pragmatici.*
7 *Anceps apud eos quastio de substit.fideicomm. facta sub conditione si moriatur sine filijs quando ex pluribus institutis quidam cum filijs quidam sine filijs defuncti fuerint.*

1 CONstat ergò ex his, quæ diximus contrà
Fabrum quod in pupillari substitutione, non alitèr admittetur substiturus, quam
si uterque impubes moriatur, & hoc verbis, &
voluntate testatoris inspectis quē ità voluisse
Sabinus, & Justinianus interpretātur, in fideicommissaria verò locum esse conjecturis,
& ex ipsis posse quandoque, ad portionem
primi decedentis admitti non expectata pu-
2 rificatione conditionis in utroque, fideicommissarium; illud inculcandum restat quod supra indicavimus, inter conjecturas, ex quibus admittendus, aut excludendus substitutus erit, non levem esse eam, quæ ex dilectione, aut prædilectione personarum elicietur: ideòque esse ex his, quæ *Bartolus*, & Doctores post eum disserunt, plura, nèc mala seligenda, & in proposita quæstione secundùm nostram distinctionem expendenda.

3 Interim oportet, ut *Juliani* Responsum, quod est in *l.is, qui ducenta 13.§.si paterfamilias D. de rebus dubijs*, defendamus adversùs *Fabrum*, qui hic *num.12.* scribit totam illam clausulam: *sed proclivior testatoris sentētia sic esset interpretanda, ut sivè filius, sivè filia ei nati fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit* fuisse à *Triboniano* additam *Juliano*, & quod ad rem est, malè additam.

4 Observandum igitur primò in proposita specie, de eo, qui in testamento ità scripserat, *si quis mihi filius, aut filia gignetur, hares mihi esto. Si mihi filius, aut filia hares non erit, Sejus hares esto*, quamvis testator non satis voluntatem suam declaraverit, omninò tamèn respondendum esse non alitèr extraneū admitti posse, quàm si neque filius, neq; filia nascatur. Exigunt enim hoc, tùm verba ipsius testatoris, tùm & præsumptio, quæ pro filijs est. Verba, nam dum testator disiunctiva, *aut* particula usus est *filius, aut filia*, satis uno eorum se contentum esse ostendit: nèc quia substitutio clariùs concipi poterat in his verbis: *Si mihi neque filius, neq; filia hares erit*, Sequitur omninò ineptam, aut obscuram esse eam formā, qua usus testator fuit: *Si mihi filius, aut filia hares non erit*; hæc enim satis recipit lumen, & interpretationem ab institutione concepta: *si quis mihi filius, aut filia gignetur, hares mihi esto*, qua intelligimus, solum filiū, aut filiam nasciturum, ex asse hæredem esse voluisse testatorem nō cū illo insimul extraneū. Hoc etiam suadet præsumptio, quæ pro filio est, nam non verisimile, quod testator alienam sobolem propriæ anteponere voluerit, vulgata *l.cum avus D.de con. & dem.* & *l. cum acutissimi C.de fideicomm.* unde etiam verbis, nedum voluntate extraneus substitutus, existente filio, aut filia, venit excludēdus.

Secundò observandum erit, quòd vulgatum in Iurisprudentia est, filium ipso iure patri hæredem fieri, quamvis enim habeat beneficium prætorium abstentionis si eo utatur. Cæterùm cum filium alicui natum dicimus, inspectis Iuris Civilis Regulis, hæredem ei nasci affirmamus; nàm ut eleganrèr *Simachus epist.15.* de filijs scribit, *gignuntur hi, non scribuntur haredes*.

5 Ex his ità observatis, quàm vanæ sint *Fabri* coniecturæ facilè demonstratur, nā, primò excludendum substiturum fuisse verba, & voluntas testàtoris exposcebant. Secundò rectè verba se habere *sivè filius, sivè filia nati ei*

fuerint; ostendit ratio quia potuit conditio ità concipi *si filius, aut filia hæres non erit*, siquidem, si eum nascitur filius, hæres est, idem erit dicere *si hæres non erit* quam dicere, si non nascatur, quod autē nasci poterat, & hæres non esse, nos nō turbat quandoquidē id à Juris Coosulto, neq; præsumi, neq; cogitari debebat, cum potiùs de facto & insperato eveniat; & Jur. Consultorū non est Facta supplere, aut præsumere, adeout, vel ex his verbis, quæ *Triboniani* esse existimat *Faber* conijci possit totam clausulam, ut & totum Responsum *Juliani* esse, sapiunt eoim accuratā, & ut *Iulianum* decebat Juris Civilis observationem. Ridieulum porrò est, quod adijeit idem *Faber* præsumi natos filios ex illis verbis; *Si quis cum filium, vel filiam habeat*; nàm ridieulè confundit propositam speciem eum altera, quam idem Juris Consultis incidentèr proponit, ut probet non omnioò ineptam formulam illam: *Si mihi filius, aut filia hæres non erit*; ait nàmq; posse aliquando noo solum aptam, sed necessariam esse eam cum scil. natis filijs, voluerit testator, sive alter hæres sit exttaneum miscere, sive neuter extraneum substituere.

6 Insuper cum nemo ex *Interpretibus*, aut *Pragmaticis* neget plures adesse differentias inter fideicommissariam, & pupillarem substitutioοem circà substitutum admittendum, oce nè, & in singularitates factam substitutionem resolvendam, noo adeò tamen *Justinianeæ Constitutioni*, standum esse quidam voluère, ut oppositum dici oon possit, si ratio in oppositum urgeat; & urgere hanc existimaot, cum affectio vel substituti, vel personæ superstitis, hinc, vel iodè militaot, ut videre est apud *Fusarium loco suprà adducto*.

7 Quòd si per substitutionem fideicommissariam, mortuis institutis omoibus sine filijs vocatus Titius fuerit, & quidam ex institutis cum filijs decesserint, cæteri denique sine filijs, an in horum portiooibus, in quorum persona conditio existit substitutus admittendus sit? oupèt mágna controversia fuit; nàm admittendum ex duobus *consil. 76. scil. & seq. Scipionis Roviti* contendebant Nonnulli, at excludendum; quoniam & his ultimo loco desuoctis, filij ex primis superstites succedebant, alij affirmabaot post *Amatum cōs. 38. lib. 2. & Consiliar. Marcian. cons.* 19. secundum quos judicatum monet *Altomar. in observatis ad consilia prædicta Roviti.*

Finis Libri Decimi tertij.



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER DECIMVSQVARTVS.

CAPVT I.

De Interpretatione legis Pannonius Avitus 76.D.de acquir.hæred.

SVMMARIVM.

1 *Regula quod hereditas non adita non transmittitur, in quibus locum habeat?*
2 *Limitationes habet prædicta Regula, & primam in ascendentibus.*
3 *Secundam in defunctis intra tempus constitutum ad deliberandum.*
4 Fabri, *& Interpretum disquisitio.*
5 *De ratione transmissioni, jure sanguinis, ut dicunt.*
6 *Explicatio Rescripti D. Pij.*
7 *Explicatio l. Pannonius.*
8 *Reijcitur prima oppositio.*
9 *Reijcitur secunda.*
10 Impugnatur Interpretum traditio.
11 *Satisfit l. primæ C. de restit. militum.*
12 *Quid Pragmatici.*
13 *Limitatio altera Regulæ ejusdem in suis.*
14 *Item in ascendentibus.*
15 *Quæ debeant concurrere, ut transmissioni locus ex capite Juris deliberandi.*
16 *Quid de hac l. Pannonius Nostri.*
17 *Transmissionis beneficium in subsidium concedendum.*

1 Regulam, quæ dictat hæreditatem non aditam non transmitti, in primis locũ non habere in suis hæredibus, nempè in illis, qui in primo gradu, & in potestate defuncti mortis tempore fuerint, apud omnes constat, ea nimirùm ratione, quia respectu horum non rectè dicetur hæreditatem non aditam fuisse, dum ipso Jure hæredes fiunt *l. in suis D. de lib. & posth. l. cum ratio D. de bon. damnat. l. ita tamen §. si pater D. ad Trebell.* & similibus, neque ex eo, quod sui obtinere possunt beneficium abstinendi à Prætore in dubiũ hoc revocabitur, quoniàm beneficium illud quia beneficiũ est non ipso iure confertur, neque aliquid quousque imploratur operari potest, quinimò etiam imploratum non potest suos hæredes non hæredes reddere, & qui eo nun implorato decedunt, hæredes decedunt.

2 Insuper Regula supra adducta quotiès locum habet (habet enim generalitèr in omni-

bus aliis hæredibus) duplicem patitur exceptionem, alterā, ut nostri loquuntur, ex iure, & potentia sanguinis, alterā ex capite Iuris deliberandi. Prima exceptio versatur circa hæreditates eorum, qui & si de numero ascēdentium, in potestate tamen defunctum non habuère, ut mater est, aut etiàm pater, si emancipasset filium qui institurus antequam aditet decesserit, & quidem dedit hoc beneficium illis *Theodosius* voluitque ut & si non adivissent, transmitterēt, in sua Cōstitutione unica, quæ extat sub tit. *Cod. de his, qui antè apertas tabulas*, ubi ait: *per hanc jubemus sanctionem in posterū valiturā filios, seu filias, nepotes, aut neptes, pronepotes, aut pro neptes a patre, vel à matre Avo, vel Avia, proavo, vel pro avia scriptos hæredes, licet non sint invicē substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti, & antè apertas tabulas defuncti, sivè se noverint scriptos hæredes, sivè ignoraverint, in liberos suos cujuscunq; sint sexus, vel gradus, derelictam sibi hæreditariam portionem posse transmittere.*

3 Secunda exceptio magis ampla est, nam complectitur omnium hæreditates tùm conjunctorum, tùm etiàm extraneorum, nàm si quis institutus hæres decedat infrà ea tempora, quæ ad deliberandum sunt constituta, transmittit ius hoc deliberandi ad hæredem sivè suum, sivè etiam extraneum, ut ex tex. in *l. cum in antiquioribus C. de jure delib.* tradunt Doctores omnes ibidèm; quinimmò si intrà id tempus servus penę (ut Nostri dicunt) hæres evaserit ex hoc capite transmittet etiā in fiscum hæreditatem ut scripsète *Alexander* in *l. si quis mihi bona §. si quis uu. ult. D. de acquir. hæred. & Emanuel Costa in l. Gallus §. quid si tantùm 2. par. num. 178. D. de lib. & post.*

Observandum autem ex his, primò confusè *Fabrum* in præsenti rem hanc omnem tractare: dum fassus ascendentium in descendentes hæreditatem transmitti id iussum Constitiooe *Theodosij* ait, & rationem ex suitate delumens non solū non distinguit intèr eam, & potentiam sanguinis, ut Nostri faciunt; sed loquitur, ac si à *Theodosio* fuisset inductum, ut hæreditas ascendentium ad suos hæredes transmitteretur, quod verum non est, salrèm si hoc primum à Theodosio inductū dicas, aut solum ab illo ut videtur credidisse *Faber*: cum constitutio prædicta non tàm suis hæredibus prospexerit quam omnibus ex sanguine hæredibus, ad hoc ut nō tātum à paternam sibi delaram hæreditatem, sed etiam marernam, aliorumque conjunctorum ascendentium, in suos transmitterent.

4 Observandum secundò, minùs rectè facere *Fabrum*, qui hic tàm anxiè, & verbosè disquitit, quænam ratio transmissionem induxerit, aut vetaverit? in quo errore fuère, & *Interpretes* reliqui qui, & ipsi hæc quæ ille, veluti sua afferte, & pleraque alia commenti sunt, quæ sub uno aspectu collegit *Antonius Gomezius variarum resolut. cap 9. de jure transmissionis*; etenim facilè, & in paucis Ratio reddi poterat, & quæsito cur non adita hæreditas non trāsmittatur, Respōderi, quia transmissio acquisitionē supponere oportet, & hæc acquisitio non adest quando hæreditas nondum est adita: sanè cum acquisitio animo fieri debeat *l. pro hærede, & l. gerit de acquir. hæred.* & per declarationem per actus externos, quibus animus declaretur aliàs non acquiritur, idcircò nisi hujusmodi animi declaratio à defuncto fuerit facta, ab ejus hærede fieri nequit nec suppleri poterit, quia ea, quæ in animo consistunt, & ab ipso dependent, non possunt per alium fieri, argumento *l. 4. D. locati l. fin. D. solut. l. mandatum C. mandati.*

Ex hac eadem ratione descendit, quod cum quis deliberare incipit, jàm se velle hæredem esse incipit, idque in animum se habere non obscurè indicat, cæterùm terreri ab ære alieno, illudque timere; proindè explorari velle vires hæreditatis; hinc rectè ab Imperatoribus iussum transmitti ex hoc capite jus adeundi in hæredes, nàm & si non animum deliberatum, attamen talem, qualem defunctus habuit.

5 Quod si quæras qua peculiari ratione matris, aut Avi hæreditas transmittatur ex sanguinis conjunctione, vix ullam ex Iure Civili desumptam rationem me afferre posse cōfitear, nisi pro ratione valuisse apud Imperatores dicamus affectionem personarum, qua & Iuris Consulti in alijs casibus moti fuère.

6 Sed tandem deveniamus ad *l. Pannonius Avitus*, cuius gratia disputatio cœpta est, & antè omnia observabimus à *Pio* ęquissimo Principe, suo illo Rescripto, de quo *Vlpianus* in *l. 30. & Papin. in hac l. Pomp. 86. D. de acquir. hær.* aliquid de Iuris rigore relaxatum fuisse; nàm in ea specie, in qua Rescriptum latum est, tractabatur de impetranda restitutione ex persona eius, qui cum intrà dies aditionis decessisset, lęsus dici revera non debuit, cum tamèn Regula esset, quod quotiès beneficium restitutionis ex persona defuncti petitur, ad hoc, ut concedatur, oportet ut ipse defunctus fuerit lęsus, & ex illius psona restitutio originē cæperit, quod quia non cōtigerat in Patre, de quo ibi videbatur ille excludēdus, at quia absens, & in Procuratione, & Legatione suæ Civitatis, idest iustè absens fuerat subveniendum ei opportunè rescriptum est, atq; ita de nimia Iuris subtilitate relaxatum.

7 His positis videamus, an hoc ipsum in specie à *Papiniano* tractata in hac *l. Pannon. Avitus 86.* dicendum fuisset, utendumque in ea eodem *Divi Pij* Rescripto? Agitur hic de *Pannonio Avito*, qui in Cilicia procurabat;

agitur

agitur ergò de absente, & Reipublicæ causa, adeoque justè absente, ut & *Faber* fatetur *num.* 18. nàm qui suæ Civitatis causa abest, abesse Reipublicæ causa dicitur *l. sed & si 26. §. ult. D. ex quibus causis maiores*, ut idem ratiocinatur *num.* 25. itaque in hac quoque *Papinianus* specie, uti *D. Pij* Rescripto potuit, & ex persona defuncti, hæredi subveniri, eadē enim ratio viget, quam cum non aliam fuisse *Vlp.* respōdeat in *d. l. cū quida* 30. nisi prędicta quod ei qui Reipublicæ causa abest subveniēdum sit, dū hæc ratio militat etiam: in specie proposita etenim eodem *Fabro* fatente *nu.* 18. reipublicæ causa absuerat in Cilicia; idem dicendum erat, utendumq; eodem Rescripto ad hancrem accommodatissimo, quinimmò de hac te lato.

8 Non igitur vera, & reijcienda quæ adversùs hunc tex. congerit *Faber*, & quidem primo in verbis *Divum tamen Pium, &c.* nil insulsum est, nil *Papiniano* indecens, ut vel ex eo quod in ipsis Meçianus Autor laudatur dignoscitur, quoniam *Tribonianus* eūm mutat, non illud imponit, ut alibi diximus alteri; sed dicens, quod lubet, parum cotat alios adducere Juris Consultos, aut Imperatores, sciens quid sibi per *Iustinianum* liceat, & Autor videri vult, & primus in statuendo.

9 Constat secundò, nèc movere quæ idem *Faber* exagetat *num.* 29. in rescripto *Pij* non esse iussum restituendum fore patrem; sed tantum subveniendum ei oportere; ideòque ad Consules datum non ad Pretorem; Siquidē in promptu est respōsio nam verba *subveniendū* restitutionem etiam importāt in jure nostro, undè passim ita scriptum legimus *subveniendum* alicui, idest *restituendum*, ut non solum in hac *l.* 30. sed & *l. si finita* 15. §. *si forte D. de dam. infecto*, & in *l. 2. C. de temporibus in integrum restit.* Rursùs in promptu, quod posterioribus temporibus etiam Consules in integrum restituisse alij observarunt quamquam ego credam ad Consules quidem rescriptum, nam ad illos debuit, cæterum juberi, parri in proposita specie per restitutionem subveniendum, sed terminis habilibus, id est à Prætore qui restituere poterat.

10 Constat tertiò non malè ab *Interpretibus* traditum, posse ex iusta causa beneficium restitutionis cōpetere hæredib. minoris, vel militis, quamvis illud originem ex persona defuncti non sumpserit, modo Intelligas hoc ipsum potiùs ex *Divi Pij* beneficentia, & æquitate, quàm ex Juris Regulis descendere; nec mirum est competere restitutionem hæredi, quæ non competijt defuncto; nam mors obventa fecit, ut necessaria hæredi restitutio sit, quæ defuncto non fuerat; de reliquo non adversus mortēm quis restituitur, veluti à morte læsus, quod ridiculum foret dicere, sed adversùs absentiam, aut justam aliam causam quæ fecit, ne à principio antequam hæres decederet, pater iuberet adire, aut raram agnitionem haberet, aut aliquod actum faceret, ex quo hæreditas adita foret, & potuisset transmitti, hinc semper iustam causam exigimus, neq; mortem dumtaxat, sat esse existimamus.

11 Verùm huic sententiæ facessit negotium *l. 1. C. de restit. militum*, quæ sola *Fabrum* in contrariam sententiam egit. At animadvertendum erit in illis verbis in fine Rescripti: *Si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur in militia defunctus sit*, non exegisse *Imperatores*, ut *Valerianus* post exactos dies defunctus foret, sed cum defunctus proponeretur ex facto, exegisse, ut in militia defunctus fuisset; dum restitutio ex causa militiæ prætendebatur, ideòque id ab *Imperatoribus* appositè exactum est, quamquam cum rescriptum illud in *d. l.* 1. à *Severo*, & *Antonino* fuerit emanatum, Nil vetat, quin dicamus emanatum illud, antequam Antoninus solus, idest *Divus Pius* imperaret, atq; aliter rescriberet, adeoque per posterius, ut sępe evenit, abrogatum.

12 Quidquid tamen de hoc sit illud certum, quod regula suprà posita, *quòd hæreditas non adita non transmittitur* vulgata est apud nostros, & recepta, ut videmos apud *Menochiū lib. 4. præsumpt. cap.* 100. *Mascardum concl.* 41. *Gratianum* 1. *discept. forensium c.* 78. *num.* 14. *Farinacium dec.* 653. *n.* 7. *p.* 1. *& in decis. Rota* 52. *& seq. & decis.* 64. *post repert. ult. volunt. Francum dec.* 101. *n.* 24. & similes passim.

Eius verò rationem illam esse credunt Meliores, quòd cum antè aditam hæreditatem, nullum ius in ea habeat hæres, nil potest in alium transmittere: nam restator sub illa cōditione instituisse censetur, si vivens hæreditatem adierit, ut dissent *Capycius Latro decis.* 84.

Hanc autem Regulam non habere locum, cum ex potentia suitaris instituti statim, & ipso iure hæredes fiunt; ideoque, & si priùs quàm agnoscant, aut ad actum aliquem mexternum procedant, sive scientes, sivè ignorantes sibi delatam hæreditatem decesserint, eam ad quoscunque hæredes etiam extraneos transmittere in confesso est apud omnes, post *Bartolum, & Repetentes* communitèr in *l. verè D. de acquirenda hæreditate*, in *l.* 3. *C. de iure delib. Vasquium de success. creat. lib.* 3. §. 21. *n.* 266. *Martam de success. legali p.* 1. *q.* 24 *art.* 1. *n.* 4. *Surdum dec.* 138. *n.* 9. *ibique Consil. Hodiernam, Pascalem de viribus patria potestatis p.* 4. *cap.* 1. *num.* 39. *Novalinus de transmissione c.* 8. *n.* 17. aliosq; apud *Cap. Latro loco cit. n.* 8. *& Bottiller. de success. ab intest. cap.* 1. *theorema* 2. *n.* 41.

13 Rur-

13 Rursùs, & locum regulæ non esset, si hæreditas, aut iure sanguinis, aut, ex capite deliberandi transmittatur, ijdem *Pragmatici* fatentur eum *Angelo conf.* 81. *n.* 1. *Rota dec.* 63. *n.* 40. *Gizzio, & Bottilierio ubi supra*, videas tamen rectè distinctè hæc docentem *Gomez. var. res. tit. de transmissione.*

14 Ea verò, quæ ex *Pragm.* notat *ad Capyc. Lat. Gizz. n.* 5. nepè quod ad hoc ut quis transmissionem obtinere possit ex capite iuris deliberandi, tria concurrere oporteat, scil. primò, ut transmittens sciverit sibi delatam hæreditatem; secundò, ut intrà annum sibi à iure ad deliberandum concessum, decesserit; tertiò, ut is, qui successionem sibi vindicat, intrà eundem annum, sive infrà residuum ipsius adierit; verissima quidem sunt, & recepta; sed illis quartum requisitum addendum est, nempè ut is, qui à defuncto sibi transmissam hæreditatem contendit, hæres sit eiusdē defuncti, à quo, & per quem transmissam in se hæreditatem alterius dicit, ut admonent *Peregr. de fideicomm. art.* 31. *n.* 12. *Phan. de invent. p.* 6. *n.* 88. *Cancerius variarum p.* 3. *cap.* 21 *num.* 154.

15 Vlteriùs ex dispositione citatæ *l. Pannonius* 85. *de acquirenda hæreditate* invaluit Regula apud Nostros quod is, qui ob impedimentū aliquod iustum adire non potuit, ius adeundi ad hæredes transmittet, itemque, & ius petendi bonorum possessionem; habuit enim remedium restitutionis in integrū quia impeditus, illudq; ad hæredes transmisit, ut *Alexander* ratiocinatur *conf.* 162. *vol.* 2. *Francus* 161. *Soccinus* 207. *colum.* 3. *Cavetta conf.* 728. *Sforzia Oddus de rat. par.* 2. *quæst.* 50. *art.* 1. *& seq.*

Sed in his duo adhùc adnotāda super sunt primum quod restitutio in integrū, quæ petitur ex causa aditionis non factæ ob iustum impedimentum, oportebit non generaliter peti; sed in specie, ut post alios monet idem *Alex. conf.* 163. *lib.* 2. *& Gizzarellus decis.* 9. *num.* 18. secundum quod cum transmissioni locus non est, frustrà restitutionis beneficium imploratur, ut decisum refert *Capycius Latro decis.* 84

16 At quoniàm trāsmissio, quam iure sanguinis, aut ex capite Iuris deliberandi, aut proposita in integrū restitutione, DD. concedere solent, eam ex iuris benignitate, & in subsidiū concedunt, observandum erit, ne ex concessione, alteri iniuria inferatur, ideòque nunquàm concedendam transmissionem ad finē excludendi alium, ego existimarem; esset enim id contra æquitatem ipsam, qua transmissio innititur, quod, & sentire quoque videtur *Gaspar Tesaurus qu.* 78. *in fine lib.* 4. & proindè concederem solùm ad concurrendum, non ad excludendum alium, præcipuè, si is, quem excludere actor velit, sit persona æquè ac ipse delecta, atq; coniuncta defūcto, de cuius hæreditate agitur, ut monent *Andreol. contr.* 163. *n.* 14. *& Altogradus cons.* 94. *n.* 54. fateor tamen, me aliquando in Foro, & si voce, & scripto edito, ita decernendum petijsse, & sperasse non tamen obtinuisse, motis Iudicantibus nescio qua ratione, nisi ea fuerit quam aur fatum iurisprudentiæ, aut causatum fata facit.



CAPVT II.

An fideicommissa propria aliqua verba habuerint.

SVMMARIVM.

1 Nil frequentiùs in iuris nostri libris, cum Iuris Consultorum Responsis, tum etiam *Imperatorum* Rescriptis inculcatum est, quàm quod in fideicommissis sola voluntas attendi debeat *l. a fratris penult. D. de leg.* 1. *l. cum proponebatur* 64. *D. de leg.* 2. *l. fideicommissaria* §. *item si quis l. Pamphilo* 39. §. 1. *D. de leg.* 3. nā adeò verba insuper habita in fideicommissis fuère, ut quandoque ea invertere, quandoque parū attendere, denique etiam omninò excludere Juris Authores sibi licitum semper fuecre consuevère animadversi nutu quoque relinqui posse fideicommissa ex dispositione *l. nutu* 21. *D. de leg.* 3.

2 At *Faber* in præsenti principia Juris destrue-

ſtruere conatur, ut rectè *Matteacius* loquitur *lib.1.epit.legat.cap.3.num.4.* & non solũ verba in fideicommiſſis exquirit; ſed certa, & ſollemnia olim fuiſſe, ut & legatorum contendit, moverique ſe ait ex *§.ult.inſtit. de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis*, *ex Paulo in ſentent.lib.4.tit.1.§.fideicommittere*, *& ex l.2. C. communia de leg.*

3 Verùm enimverò nil eſſe in citatis locis ex quo moveri *Faber* debuerit, facillimè demonſtratur; nam primò *Iuſtinianus in l.2. C.communia de leg.* potiùs in contrarium, & adverſus *Fabrum* ratiocinatur, dum quod ſemel inductum in fideicommiſſis fuerat; extendit ad legata, quæ fideicommiſſis exæquat; atque ita non ſolum fideicommiſſis certa verba non dat, ſed à legatis aufert, ideoque legata æquiparata fideicommiſſis voluit, quia hæc certa verba non habebant. *Paulus* etiam, & *Tribonianus in d.lib.ſentent.* & *in d.inſtit.tit.de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis*, quàquam quædam verba proponunt, quibus (quia obliqua) fideicommitti dicaor, non propterea illis tantùm fideicommitti poſſe ſtatuunt, & non alijs; ſed veluti frequentiora, doctrinæ gratia exponunt, undè *Vlpianus in fragmentis tit.25.§.2.* idem docens ſic loquitur *verba fideicommiſſi in uſu fere ſunt* hæc.

Cæterùm, his quæ adverſus *Fabrum* in hac re, ſcripſit diſertiſſimè *Oſualdus lib.8. comment. Donelli cap.3. lit. B.* Ego illud etiàm nec malè adijci poſſe exiſtimo, quod cum frequentius diſceptari contingeret in defunctorum voluntatibus, utrum legare illi voluerint, an potiùs fideicommittere, quod nõ parùm momenti habebat, ob diſcrimina plura quæ erant olim intèr legata, & fideicommiſſa; viſum Iuris Conſultis fuit quaſdam Regulas tradere, quibus, prima à ſecundis diſcernerentur, & quæ verba directa non forent explicare, quævè talia quæ fideicommiſſum importare poſſent, non quia hæc ſolum apta ad fideicommiſſum importandum, ſed quæ talia quæ directam diſpoſitionem excluderent; hinc ſi quæras an diſpoſitio directa ſit, vel fideicommiſſaria, & has opponas inter ſe: dicam conſideranda eſſe verba. ſed ſi quęras non oppoſitivè ad diſpoſitiones directas, ſed ſimpliciter, an quibuſcunque verbis facta diſpoſitio fideicommiſſaria valeat, an vero certis verbis fieri opus fuerit? Reſpondeo quibuſcumque verbis factam valere, dummodo de voluntate conſtet ad quam & non ad verba attendere debemus, nam conſtat verborum obſervationem non eſſe ad fideicommiſſa neceſſariam, quando hæc ſi adſit facit, ut dubitari contingat, an talia ſint, & an fideicommiſſum importent, & ea neglecta certum eſt fideicommiſſariam eſſe diſpoſitionem.

4 At quoniam aliquid tamen pro *Fabro* facere videntur *§. penult. l. pater 38.* & *l.fideicommiſſum* alias *l. Iuliano 68. §.1. de leg.3.*

5 Occurrunt *Interpretes*, & ad *d. l.38. §.penult.* plures dant reſponſiones: dicunt enim quidam, cum *Accurſio*, & *Dino* non admitti ibidem fideicommiſſum ex verbis; ſed tamen ex mente, alij cum *Goveano 2.variarum.c.18.* non eſſe fideicommiſſum in ea ſpecie: quia non ſolam fidem gravati ſequutus fuit teſtator; hinc *Chifletius lib.2.fideicomm.cap.ult. in fine*, & ex eo *Oſualdus ubi ſupra* obſervant à teſtatrice notiſſimos fines fideicõmiſſi egreſſos; nàm non contentus ſola filiorum fide, voluit etiam, & cautione interpoſita invicèm eos obſtringere; ideoque ibidèm prædia alienari prohibita ſucceſſoribus ex ſtipulatione
6 non ex fideicommiſſo deberi. Sed mihi neutra harum reſponſionum placet; nàm prima facilè ſubvertitur, quia ſi ex mente fideicommiſſum erit præſtandum, quia mentem attendimus, reſpondere debuerat *Scevola*, *fideicommiſſum adeſſe*: Secunda autẽ quanquam à doctiſſimis viris prolata, vix poteſt ſatisfacere; nã nõ ideò minùs fideicõmiſit teſtator, quia caveri inter ſe invicẽ hæredes voluit: & ſequẽs cautio maius robur fideicommiſſo addidit, nõ infirmavit neq. novum, aut inuſitatũ id erat, ſolebãt enim hæredes fideicommiſſo obſtricti invicẽ cautionibus, & ſtipulationibus in caſum alienationis, vel controventionis ſecuros ſe reddere. Sanè ſi teſtator per fideicommiſſum hoc modo liberationem debitori relinqueret: *hæredem meum rogo*, *eique injungo, ut à Titio mille mihi debita non petat, ſed ſtipulatione interpoſita eum liberet*; nemo dicet, quod ex eo quod non ſolam fidem hæredis teſtator ſequutus ſuit, ſed etiã ſtipulatione cautum voluit ei cui liberationem legavit: ideo non videri fideicommiſiſſe quando iuſtè interpoſita cautio, non facit ceſſare fideicommiſſum, ut videre eſt in *l.alumna 30. D.de adim.legatis*,

7 Pro igitùr Reſponſione ad adductum in contrarium Reſponſum, aut *Viglio 31.Pandectarum cap.6. a Gothofredo* in notis hic relato aſſentiendum erit, & emendata lectione ſcribendum *Reſp. nihil de fideicomm. dubitari* pro eo quod ſcriptum *proponi*, aut dicendum ideò nihil de fideicommiſſo proponi, quia nemo aderat in cuius favorem illud inſtitutum à teſtatrice dici poſſet, ut in *Libris Suſpicionum* diximus.

8 At ad *l.Iuliano 68.§.1. D.de leg.3.* faciliùs reſponderi poterit, nam in illius ſpecie erant incerta non ſolum verba, ſed & mens teſtatoris, nulla enim res, nulla certa ſumma expreſſa fuerat, quæ per fideicommiſſum relicta cenſeri poſſet, ſed tantùm indefinitè dictum, *fiet, ut filius meus filios veſtros condonet*,

non

non explicato qua re, aut qua pecunia, ut obobservavit acutè *Osualdus* loco suprà citato, qui & ad *l. Thais 41. §. Lucius Titius D. de fideicom. libert. & ad l. eo verbo 12. C. codē*, quibus similiter abutitur *Faber* in præsenti; Respondet & rectè, in earum specie nullum fideicommissum admissum, non quidem ex defectu verborum; sed ex defectu mentis, & voluntatis.

9 Quod autem *Bartolus* adnotavit, ex verbis enunciativis futuri eventus ad gravatum directis, induci dispositionem fideicommissariā, quando prolata sunt per se, non per aliud, nùnc subtilitèr non disquiram, cum tantum placeat investigare, an rectè *Faber* huiusmodi assertionem impugnet, & certè nequaquā ex eo apparet, quod iuribus in *l. generali 32 D. de usufr. leg. & in l. testatores, sive l. Julius 68. §. 1. D. de leg. 3.* iam antea idem *Bartolus* satisfecerat, nèc malè, dicendo in illis prolata verba, adulatoria fuisse, & ad honoratum ipsum directa, atque ita propter aliud, non propter se, emissa, cui responsioni nil aliud habens *Faber* quod replicet, manus dat *n. 15. in fine, &* confugit ad tex. in *l. Titia 54. de leg. 2.* in qua Respondet *Modestinus, non valere fideicommissum*, quanquàm saltem favore libertatis aliter dicendum videretur; & tamen huic etiam textui (& si obviam iri posset ideò neque libertatis favore validum fideicōmissum dicendo, quia videbatur sub illa formalitate relictum, *cum in ministerio tuo tot capita servorum legavero* verba enim important implicite conditionem, *si legavero*) satis benè iam occurrerat *Bartolus* dicens verba enunciativa testatoris *cum in ministerio tuo tot capita servorum tibi his codicillis legavero*, emissa esse, non propter se; sed propter aliud, nempè ad validandam fideicommissariam libertatem *Sticho* relictā in antecedentibus *A te autem Mævia filia charissima peto, ut Stichum servum tuum manumittas*; hoc autem *Faber* se non inficiari scribit *n. 16* & tamen subijcit, sed rugo cur non, vel eo magis fideicommissum inducunt, quàm si propter se emissa fuissent? Neque videt in promptu responsionē esse illam posse, ideo ita visum *Bartolo*, quia quando propter aliud sunt verba prolata, non præseferant enixam & efficacem testatoris voluntatem, ideoque dispositionem non inducunt.

10 Neque ex his quæ sunt dicta rectè colliges, aliqualem Regulam in verbis seligendis, observandam esse ab eo, qui fideicommittere velit; sufficit enim ut quoquo modo suam vuluntatem ostendat, hæc namq; utcunque expressa, fideicommissum importabit *l. Illud. 13. D. de iure codicillorum l. etiam hoc modo 118. D. de leg. 1. l. unum ex familia 67. §. ult. l. peto 69. in principio de leg. 3.* Cæterū si ita voluntas exposita foret ut nihilominus quid velit testator in incertò remaneat; tūc coniecturis locus & ab illis ea eliciēda, & certificanda erit, videndumque an favorem personæ coniunctæ, & testatori dilectæ, dispositio respiciat, & rursùs, quisnam ille sit, in quem spem suam testator posuerit, & an iustum ab eo falli, qui tam benè de ipso gravato præsumpsit; ut animadversū fuit in specie in qua *D. Marcus* rescripsit in *d. l. unum ex familia 67. D. de leg. 2.* Ex his enim rectissimè desumetur Axioma, quod quoties coniectura volūtatis urget, non solum quęcumq; verba admittuntur, quod semper evenit, sed minus propria & inepta minusque significātia fideicommissum quandoque inducunt.

11 Hinc quicquid *Faber* coniectetur passim est & in scholis, & in foro à nostris inculcatum, quod fideicommissa, quæ à testatoris voluntate potiùs quàm à verbis pendent, neque nunc habeant, neque antiquitus habuère sollemnes formulas; adeoque nunquam à verbis pendere, sed elicita etiam ex conie-cturata testatoris voluntate, ut *Peregrinus* docet *de fideicomm. art. 1. à n. 45. & art. 11. à num. 29.* & alij, semper fuère; hinc explicatum videmus à *Pragmaticis* frequentissimè, quando verba improprianda, quando supplenda sint, quando etiam ex nutu fideicommissum elici possit, & quando ex verbis desiderium testatoris exprimentibus, aut commendatitijs, & similibus, præcipuè à *Mantica de coniect. ult. volun. lib. 7. tit. 1. num. 41.* & alijs in locis à *Gratiano*, *Menochio*, *Rubeo*, & sequacibus in eorum scriptis.

Ex hoc etiam descendit, quod & si verba incerta fuerint respectu quantitatis, valebit nihilominus fideicommissum, & à Iudice taxabitur *Accursius*, *& Dion. Goth. in l. si quando 6. D. ut leg. nom.*, quod multo magis dicendum in legatis ad pias causas, ut idem *Gothofredus* advertit.

12 Porro occasione sumpta quod hic de verbis enunciativis sermo fit, placet denuo reassumere quæstionem à Nostri toties tractatam, an census, sivè emphyteusis verbis enunciativis probetur, scil. assertione, & enunciativa, quam facit quis in vēditione fundi profitendo illum obnoxium esse censui debito Titio, vel id ipsum faciendo in professione librorum æstimi, & similium publicorum documentorum.

Et sunt qui negant sufficere Titio hanc enunciativam, ad hoc ut possit pro censu agere contrà rei possessorem, & intèr hos est *Reg. de Marinis quotid. 1. cap. 102.* & post *Surdum Consiliarius Hodierna decis. 10.* itemque *Grat. lib. 1. c. 102.* è contrà sunt qui affirmāt cum *Cencio de censibus quæst. 43. n. 39.* & alijs, cum quibus latè *Caponus in suo responso 33.* de quo

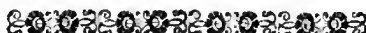
quo suprà meminimus, sunt etiam qui distinxêre, an sola hac enunciativa is, qui agit, nitatur, an verò, & alijs adminiculis, ut esset, si ostenderet per plures annos censum sibi esse solutum, & primo casu non sufficere, secundo casu sufficere enunciativam concluserunt cum *Mascardo concl.* 280. in cuius sententiã tandem coincidunt tam qui negant, quàm qui affirmant, ut suprà.

13 Mihi tamen placet potiùs sequi *Trentacinquij* theoricam *lib.2.res.tit.de confessis resol.2.* præcipuè *num.*38. unde distinguendum dicerem, an is qui Actor est, enunciativa, & cõfessione uti velit ad aliquem obligandum, an verò ad obligationem probandam, & primo casu si non aliundè constat censum debitũ ad esse super re; ex sola, & nuda enunciativa nõ esse illud solvendum contenderem; nam non ex sola enũciativa obligari possessor iustũ rectũq; est. secundo casu, si aliunde, aut ex alijs enunciativis, aut ex antiquorum traditione, aut ex solutionibus factis, aut ex quibus vis alijs adminiculis de censu, aliquo modo, (licet non plenè) constet, sufficere enunciativam, crederem; præsertim in Ecclesiasticis censibus, quorum de facili fundationes ignorantur, aut in promptu haberi non possunt, amissis ob socordiam possessorum, aut temporis antiquitatem libris, instrumentis, documentis, aut aliò translatis, & longè, aut unde nisi cum magno dispendio haberi non possint.

14 De reliquo, *Bartoli* distinctio de verbis enunciativis in materia fideicommissi communitèr recepta est; ideoq; statim *Pragmatici* advertunt ad gravatum, an verò ad honoratum dirigantur, & si ad primum, importabunt fideicommissum, si ad secundum, non item, ut saltem (quicquid alij) Meliores sentiunt cum *Mantica lib.3.tit.12.* vide etiam *Magonium dec. Lucensi* 55. *n.*9.

15 Sed quid dicendum cum verba à testatore prolata potiùs fuisse præparatoria ad actum testandi, & fideicommittendi, quàm dispositiva, atque ità fideicommissum, aut testamentum importantia, appareat? Certè in hoc casu ex facti perpensis circumstantijs, & ex coniecturata testatoris voluntate, res decidenda erit, eo magis, quia variæ in foro decisiones fuêre, & varij in hac re Practici, ut videre est apud *Capycium Latro dec.7. Torum in compend.p.3.in verbo testam.& in supplemento, Grzz. ad eandem Capycij Latri decis.& similes*

At si testator ideò non satis expressit suam voluntatẽ, & quomodo intẽdebat disponere, nõ aperuit quia morbo impeditus nõ potuit articulatè loqui, tunc non valere testamentũ, allato *Mantica, & Paulo de Castro.* Respondet *Consil. Stuib.resol.lib.1.resol.*68. quod prius scripserat post eosdem *Manticam, Martam, & Capycium Latro* in præcedenti *resol.*54.*n.*1. Sed mihi videtur ita indistinctè respondendũ non fuisse; nàm aut impedimentum locutionis erat ex ea causa, quæ testari quoque non solum loqui, morientem prohibebat, ut sunt vis morbi insoliti, & gravioris, mors imminens in momento, & similes, & in summa impedimentum tale, quod defectum voluntatis etiam ostendat; & dicendum erit, testamentum, aut quod gestum est, nullum reddere; aut impedimentum, sit quidem non tàm ex natura, quàm ex morbo, sed sit ex causa non adeò potenti, & quæ cum locutione mentem etiam auferat, aut iudicium; & tunc, quia remanet testator, & si, eo detentus, & si aliquantò impeditus locutione in recto sensu, & in sano iudicio, & potest velle, & nolle agere quod agit; asserendum erit, gesta ab eo in illo statu non esse nulla, sed valida, atque ita exponenda, aut accipienda, ut valeant potius quam ut pereant, ad hanc distinctionem reducendo quæ variè DD. in hac materia scripsêre.



CAPVT III.

Defensum Scevolæ Responsum in l. Pamphilo 39. in princ. de leg. 3.

SVMMARIVM.

1 *Fideicommissum ex coniecturis elici.*
2 *Exponitur Scevola in l. Pamphilo* 39.
3 *Quomodo utatur authoritate Imp. Marci.*
4 *Reiicitur primum Fabri oppositio.*
5 *Item secundu.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *De verbis enunciativis.*
8 *Enunciatio facta super re de qua enuncians disponere, nequit inutilis est.*

1 Quando ex coniecturis voluntas testatoris elici potest, quamquàm verbis minùs sufficientibus, aut minus aptis expressa sit, fideicommissum consistere diximus in *c. præcedenti*, & diximus etiàm intèr coniecturas non minimum sibi locum vindicare, (ut in plerisque Iuris alijs articulis) illã, quæ ex affectione, & dilectione personarum, & ex earum cognita à testatore integritate, & cõfidẽtia in ipsis habita, originem sumat. Quod ipsum, cum observatum à *Marco* foret in specie illa de qua *Papinianus in l. unum ex familia §. ult. D. de legat.* 2. ita ut relatum est, Rescripsit, deditque occasionem Iuris Consultis, ut

ut facta interpretatione ad similes species eãdem definitionem producerent, quod non insolitũ innumera ostendunt exempla quando utilitas id exposcebat, nec iuris ratio ex rescripto orta abhorrebat, *l. nam, & Pedius 13. D. de legibus.*

2 Hinc in altera illa specie, quam *Scevola* tractat in *l. Pamphilo 39. in princ. D. de leg. 3.* non aliud Respondendum, quam quod Responsum est, *centum sibi relictos, libertum filijs testatoris debere restituere*, nam palàm erat, fideicommissum in filiorum beneficium esse factum, nempè in favorem personæ dilectissimæ, & confidisse testatorem liberto, cuius affectionem benè perspectam habuerat, quæ illa duo sunt quæ Rescriptum à *Marco* impetrarunt.

Itaque primò observandum erit, quod quãquàm *Scevola* fateatur in proposita specie, nõ videri quidèm, quantum ad verba testatoris fideicommissum *Pamphilo*; non indè sequitur, quod Faber *num. 2.* scribit, fideicommissum nunquàm induci posse absque verbis precarijs, aut quomodocumque dispositivis; nàm quamvis hæc regulariter fideicommissum inducant; attamen, vel ex eo quod verba minus apta Juris Consultus fatetur, apparet ex huiusmodi verbis, & quæ alioquin ex se fideicommissum non importarent, adhùc fideicommissum elici, quotiès voluntas testatoris per coniecturas elucescit, unde sicuti salsa se prodit hæc propositio *fideicommissum nunquam inducitur, nisi ex certis verbis*, ità è cõtrà semper vera hæc altera *fideicommissum quandoque inducitur, & si verba illud non importent.*

3 Secundò observandum erit, quod quamvis tandem *D. Marci* authoritate utatur *Scevola*, non id agit, ut ostendat se potissimum ea authoritate moveri potius, quam coniectura voluntatis; nàm quinimmò ex sola coniectura volũtatis, id ipsum potuisse eũ Respondere satis exprimit, dum ait: *Sed cum sententia defuncti decipi a liberto satis inhumanũ est*, & adducit tandem Rescriptum ut magis, ac magis sententiam suam confirmaret, & ut Imperatoris tunc florentis Rescriptum per ea tempora recens emissum sua attestatione approbaret. Parùm verò acutè facit qui credit à *Marco* constitutum in huiusmodi speciebus dumtaxat, fideicommissum valère, atq; ita latum esse ad certas species, sivè ad certos individuos casus contrà omniũ Rescriptorũ formam, & non potius ita ut & species similes potuerit complecti; latum itaque est, ut generalem Regulã stabiliret, quæ antea, apud Juris Consultos iactabatur, ut quotiès coniecturæ vigerent, valeret fideicommissum, & si verba non sufficerent, cui regulæ, & illud addidit, ut ab affectione personarũ rectè coniecturæ elicerentur.

Ex his autẽ cũ constet id, quod scribitur in hac *l. Pãphilo 39.* rectè scriptum esse satis quisquis videre posset reijciẽdas esse *Fabri* ineptissimas argutias, quibus à *n. 6.* interpolatum Responsum à *Triboniano* suadere conatur, sed in *Fabrianorum* gratiam operepretium erit, ut sigillatim, quæ obijcit discutiamus.

4 Ait primò verbosè admodùm textum cõceptum esse, ideòque à notissimo *Scevola* more concisè respondèndi, alienum. Sed ubi hęc verbositas sit non facilè invenitur, nil enim abundat, nil resecari potest. Oportebat, ut Iur. Consultus fateretur verba minùs apta esse, oportebat ut ex sententia induceret fideicommissum, debuit denique de *Divi Marci* Rescripto mentionem facere; hæc præstitit, quid ergo verbosè dictum? Quod si quis in simili specie *Papiniani* Responsum, quod est in *§. ult. citata l. unum ex familia 67. D. de leg. 2.* intueatur, & illius singula numerabit verba, inveniet pluribus usum *Papinianum*, quàm oportebat; Nèc tamèn ille minus cõcisus *Scev.* est; Planè an nũ in proposita specie latiùs erat dixisse, *itemque Marcus Imperator Rescripsit, verba, quibus testator ita caverat, non dubitare se, quod qua ei uxor legasset liberis suis redditurum pro fideicommisso accipienda.* Cur ergò tot alia infarcita præsertim illa; *Quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scil. bonos* benè *transacti matrimonij fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præsumpserat.* Cum tamèn hæc omnia *Scevola* tribus verbis proposuit, ibi *Cum sententia defuncti a liberto decipi satis inhumanum est*, faciat ergo qui volet comparationem inter hæc loca, & videbit pluribusne verbis *Papinianus*, an *Scevola* fuerit usus.

5 Secundò opponit *Faber*, (nàm cętera levissima sunt, & ut ait *Osualdus 8. comment. c. 3. lit. D.* pari facilitate, qua dicuntur, & meliori negantur) quod *Scevola* ad *Marci* tempora non pervenerit; ideòque non potuerit eius Rescriptum allegare; probat autẽ suam propositionem ex *l. ult. D. de servis exportandis.* At falli eum, aut nos fallere voluisse ostendit *Osualdus* ubi suprà; de reliquo verissimum est *Scevolam*, ut aliàs diximus, non solum *Marci* temporibus vixisse, floruisse, & à consilijs ipsius fuisse, quod omnes testàtur cũ *Aymaro Rivalio in historia Juris Civilis, & Bernardino Rutilio* in Jur. Consultorum vitis. Sed & ad *Commodi* tempora pervenisse, pleraque sub ipso scripsisse, ut viri eruditissimi *Nicolaus Henelius* de veteribus Juris Consultis, & *Jacobus Gothofredus in manuali Juris Civilis* testàtur, & verum quoque eum ad Severi usq; Imperium pervenisse, & sub eo tandèm defunctum, ut *Henricus Heidiccius ad l. 5. D. de præscriptis verbis thesi 13. ab Henelio* relatus rectissimè observavit ex *l. ultima D. de servis* ex-

exportandis, qua abutitur tamen *Faber* ut dicemus sequenti capite.

Ad hæc, cum vis illorum verborum *Scevolæ* (*non videri quidem quantum ad verba testatoris*) satis ostendat aliquid aliud adjicere eum voluisse, quod aliundè, quàm ex verbis elicebatur si non sequantur reliqua verba illa. *Sed cum sententiam, &c.* mancus remanebit, & mutilus, nam alioquin si non ultra verba, aliquid aliud ex mente, & ex coniecturis deduceretur sufficiebat dixisse non videri fideicommissum.

6 Tandem omisso *Fabro*, videamus quid alij, & quidem in exponendo hoc *Scevolæ* Responso in *l. Pamphilo* 37. *in princ. D. de leg.* 3 Veteres pleriq; errant, & errāt quoq; *Pragmatici*: quippe eum certum sit in proposita specie ex verbis fideicommissum elici non posse, ut apertissimè fatetur *Scevola*. quod dedit ansam *Fabro* coniectandi, sequentia à *Triboniano* addita; ineptum erit dicere quod ipsi dicunt, fideicommissum à verbis enunciativis importari, quoniam, ut ait *Bartolus*, & post eum *Romanus singul.* 154. ad gravatū directa fuerant, quando dicendum fuisset, non quidèm verba sed testatoris sententiam, eamque tacitam, ut benè observat *Accursius* id effecisse; nàm ex eo, quod testator dixerat *Pamphilo*: (*affectionem tuam benè perspectam habeo*) intellexit Iuris Consultus dicere eum voluisse *ideò nominatim, & expressè te non gravo: quoniam scio te, & non gravatum restituturum propter affectionem*, ut idem *Accursius* loquitur. Undè cum ità sit, concludendum erat, non de verbis enunciativis disputandum, neque hunc textum ad ea pertinere; sed de sententia testatoris ex personarum affectione agendum, alijsque adminiculis, & ex ipsis eliciendum fideicommissum in favorem personæ dilectæ.

7 At illud non malè plerique asseverant. enonciativa verba innuere quodammodò testatoris voluntatem, ut post *Bartolum* hic, & *Menochium cons.* 95. *n.* 32. *Gratianus* advertit *cap.* 216. *num.* 21. ex quo adeò enunciativa verba attendenda esse, nonnollis placuit, ut præsumptionem pro allegante faciant, transferre quę in adversarium onus probandi velluerint cum *Mantica de tacitis, & ambiguis lib.* 2. *tit.* 6. *nu.* 2. & ex illo, & alijs *Gratianus cap.* 739. *num.* 33. & qui *cap.* 911. *num.* 5. firmat enunciativam cum adminiculis alijs plenam facere dispositionem.

8 Denique si quis super illa re enunciaret, de qua disponere nequiret, enunciatio nullius momenti erit, ut idem *Gratianus* advertit *cap.* 918. *num.* 23. sicut, & cum prolata verba nō propter se principalitèr, sed incidentèr, & propter aliud fuerint, nam tune non disponont *Reg. Marcian. disp.* 21. *nu.* 23. *lib.* 2. quo

autem ad *Fabrum* attinet, si quis superioribus non contentus, alia adversùs illum voluerit, adeat *Andream Kool. exercitatione* 2. *à num.* 30.



CAPUT IV.

Ad l. ultim. D. de servis exportandis.

SUMMARIUM.

1 *Duo quæstiones agitantur in expositionē huius legis.*
2 *Prima an Scevola pervenerit ad D. Marci ætatem; quod affirmatur.*
3 *Et si perperam neget id Faber.*
4 *Confirmatur Cuiacij assertio.*
5 *Cuiacij Responsio ad secundam quæstionem.*
6 *Faber eam impugnat.*
7 *Sed defenditur.*
8 *De specie à Scevola hic proposita.*
9 *De Claudij nota.*
10 *De Cuiacij observatione.*
11 *Quid Repetentes.*
12 *Quid Pragmatici.*

1 Duas excitant quæstiones eruditiores Interpretes in exponendo *Scevolæ* Respōso, quod extat in *l. ult. D. de servis exportandis*. Prima utrum *Scevola* ignoraverit *Marci* Constitutionem de servis ea lege emptis, ut manumitterentur. Secunda dato, quod sciverit, cur in hac lege usus Constitutione *Hadriani*, iàm abrogata, *non esse liberos servos, nisi manumitterentur*, Respondeat?

2 Et ad primam, quanquam non desint qui securè pronuncient *Scevolam ad Divi Marci* ætatem non pervenisse, inter quos eruditissimus *Revardus* 1. *variorum cap.* 13. & *Faber* in præsenti; assentiendum tamen erit eruditorū omnium Principi *Jacobo Cuiacio*, qui 10. *observ. cap.* 31. pervenisse affirmat, quod & testātur *Rivalius*, *Rutilius*, *Goth. Henelius*, iam citati in præcedenti capite: nàm pro *Cuiacij* assertione plora Iuris loca apertissimè faciūt præsertim in *l. verum* 11. §. *quod si minor D. de minoribus*, obi *Vlpian.* quid senserit *Scevola* illius verbis retulit (*ideò proposui maierem viginti; quoniam & Scevola scribit lib.* 14. *quæstionum, & magis est, ut sententia Divi Marci hunc, idest minorem* 20. *annis non complectatur*, erit proindè Respondendum non ignoratam à *Scevola D. Marci* Constitutionem.

3 Neque effugit *Faber num.* 3. dum apertam

ſententiam invertere conatus,ità *Vlp.*in mox citatis verbis explicat, ac ſi ille retuliſſet quidẽ *Scevolam* in propoſita quæſtione ſcripſiſſe, quid autem ſeripſerit nõ retuliſſe neq; aperire nobis voluiſſe;quãdoquidem verba,*quoniã & Scevola ſcribit* nunquam explicari ità poſſunt, ac ſi ſcriptum *quoniam Scevola de hac re quæſtionem proponit*: ſed ità *quoniam Scevola in hac quæſtione propoſita ita ſentit,&c.* & eo magis ita explicanda ſunt quoniam in primo ſenſu inepte *Vlpian.* ſubiunxiſſet ſe nolle à *Scevola* diſſentire, ideoque de Maiore quęſtionem proponere.

4 Rursùs oſtendit ad *D. Marci* tempora perveniſſe *Scevolam* idem *Vlpianus in l.mulier 22. D. ad Trebell.* dum ait: *Scevolam Diuum Marcum in auditorio de huiuſmodi ſpecie iudicaſſe refert,&c.* ità aſſeverans,illum nõdum taxat ad tẽpora *Marci* perveniſſe,ſed in eius Auditorio fuiſſe,(quod & Hiſtoricus *Capitolinus* affirmat,) & ſpecies deciſas in librum retuliſſe, ut puto liber fuit ille qui in Indice *Floren.* inſcriptus eſt *quæſtionum publicè tractatarum.*

5 Ad ſecundam quæſtionem cur *Marci* Cõſtitutione in propoſito uſus *Scevola* non fuerit? Reſpondet idem *Cuiacius d.lib.* 10. *c.* 21. quoniam de conventione conſultus, de ea tantùm ſibi Reſpondendum puravit homo ſcrupuloſiſſimus, & qui alias in *l.qui Roma* §. *Flavius D. de verbor. ob.* hanc eandem Conſtitutionem, quia de ſervis emptis loqueba-
6 tur, ad ſervos donatos porrigere noluit;ſed hanc Reſponſionem pluribus *Faber* impugnãt hic à *num.*4. ex quibus tamen unum illud probare conatur quod *Scevola*, ſi de Conſtitutione conſultus fuiſſet utiq; reſpondiſſet in propoſita ſpecie ei locum fore,quippe nullam de hoc rationem dubitandi pu-
7 tuit habere; itaque ſi nos e contra probabimus, *Scevola* homini religioſiſſimo,& ſcrupuloſo non levem fuiſſe dubitandi rationem an locus foret? quinimmò adfuiſſe concludendi non eſſe locum Conſtitutioni; ſtatim *Cuiacio* potius quam *Fabro* aſſentiendum concludemus.

8 Obſervandum ergo erit, Conſtitutionem *Marci* iubere, ut intrà ſtatutum tempus ſervi ea lege empti, ut manumitterentur, manumittantur;id autem ſi emptor exequi, aut eius hæredes neglexerint ipſo iure huiuſmodi ſervi liberi fiant, ut conſtat ex toto titulo Digeſtorum,*qui ſine manumiſſione ad libertatem perveniunt*, & Codicis, *ſi mancipium ità fuerit*: unde patet ex Conſtitutione prædicta non prius ſervos liberos fieri, quàm in mora manumittendi emptor fuerit,quod adeo verum vt nata occaſio ſit dubitandi *Paulo in l. ult. D. qui ſine manumiſſione*,an ut manumitteretur vendita ancilla non expreſſo tempore in quo ſit manumittenda, à qua die libertas competat?

9 Rursùs obſervandum in hac *l.ultima D.de ſervis exportandis* propoſitum, Quidam *cum venderet Pamphilam, & Stichum venditioni inſervit pactum conventum, uti ne eadem mãcipia Pamphila, & Stichus quos minorato pretio vendidit alterius ſervitutem quam Seij paterentur,poſt mortemque eius* (ideſt emptoris) *in libertate morarentur.* In hac ſpecie certum eſt emptorem quoad vivat in mora non eſſe manumittendi, ideòque Conſtitutioni locũ non eſſe: at neque cum moritur in manumittendi mora eſſe videbatur; nam ſi inſtans ante mortem conſideremus; quia illud vitæ adnumeratur,morientem conſtituere in mora non poteſt,quippe qui poſt mortẽ ſuam, ut in libertate morarentur ſervi promiſerat; at ſi primum inſtans poſt mortẽ, neq; hoc in mora conſtituet, quia morte impeditus eſt qui manumittere debebat,: igitùr nullo caſu locus in propoſita ſpecie Conſtitutioni relinquebatur; ſed interpellandi erãt hæredes emptoris,ut manumitterẽt, cogendiq;ad manumittendum, & interim ſervi liberi non erant.

10 At quamvis ita ratiocinaretur *Scevola*: *Claudio* tamen alitèr viſum. ideoque adnotavit *Divum Marcum* non ſolum conſtituiſſe ex lege dicta venditioni, liberos fieri ſervos; ſed id ipſum eſſe voluiſſe, licèt in mortis tempus emptoris diſtulerit venditor libertatem; hoc autem ſi ita eſt,iure *Scevolam* repræhendit *Claudius*; ſed vereor ne audacior ipſe *Claudius* & repræhendendi libidine præceps, quod ſcrupuloſè noluit *Scevola*, ex ſententia Conſtitutionis, tanquàm certum ipſe aſſumpſerit cum tamen revera exploratum non foret.

11 Denique quod *obſervat.lib.*1.*cap.*29. de eodem *Scevola* adnotavit *Cuiacius*,quod noluerit ille conſtitutionem de ſervis emptis loquens, ad ſervos donatos porrigere veriſſimũ eſt, quanquàm à *Fabro* gratis in præſenti impugnetur; nàm primus *Papinianus* fuit, qui ingenij fiducia, ex ſententia Conſtitutionis, quod in emptis dictum fuerat,etiam in donatis ſervis Reſpondit in *l.mancipia* 8. *D. qui ſine manumiſſione*, & hoc poſtea à Cæteris probatum eſt,viro acutiſſimo præeunte. Undè Imperator *Alex. in l.*1.*C. ſi mancipium*: ſic loquitur: *quoniam placuit non ſolùm ad vẽditos, ſed etiam ad donatos ea lege, ut manumitterentur pertinere*, ità oſtendens demum placuiſſe, certumque effectum quod ante *Papinianum* fuerat anceps, & ambiguum.

11 Sed quamvis *Neoterici* plura ad quæſtionem, de qua agimus agitent; *Veteres* tamèn pinguius, ut ſolent rem tractantes ignoratam à *Scevola D. Marci* Conſtitutionem relatam poſteà à *Claudio* exiſtimant.

Et

Et rursùs in hac specie, de qua *Scevola*, adeòque in ea, de qua *Alexander Imp.* in dicta *l. si iusta* 3. *C. si mancipium ita fuerit alienatū, &c.* magis propriè locum fuisse *Hadriani* Constitutioni, autumant post *Accursium ad dict. l. si iusta* ad verbum *locus est*; Unde dignoscitur quàm verum sit, quod nos dicebamus *Scevolam* non levitèr motum, ut constitutionem potiùs *Hadriani*, quàm *Marci* allegaret. Cęterùm cum eadem religione non teneretur *Alex.* & is nollet teneri, produxit Rescriptum *Marci*, ut dictum est. *Pragmat.* verò ad forum attendentes, vix de huiusmodi disputatione, & de hac *l. ultima* cogitant: & nè vix quidèm; sed illud tantum ex ea eiciunt post *Baldum*, quod qui in uno gravatur, debet in aliorelevari, ut ex Regula *l. cum qui D. de iureiurando* explicant *Canonistæ* cum *Felino*, & *Panormitano sub tit. de off. deleg.* Addunt quoque legem statim operari, eiusq; effectum dispositionemque non impediri ex his, quæ posteà ex abundanti, vel inutilitèr fiunt; ut *Baldus*, & *Salycetus* etiam adnotarunt.



CAPVT V.

Defenditur §. 1. eiusdem l. Pamphilo 39. D. de leg. 3.

SVMMARIVM.

1 *A Triboniano corruptum hoc Responsum asseverat Faber.*
2 *Sed contra ex stylo probatur illud esse Scevolæ.*
3 *Item ex Responsione aptissimè ad quæstionem.*
4 *Secunda Fabri oppositio.*
5 *Ad eam prima Responsio.*
6 *Item, & secunda Responsio.*
7 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
8 *Voluntas testatoris etiam ex dictis, & factis ipsius probatur.*

1 VOluit Faber cap. 3 principium huius *l. Pāphilo* 39. *D. de leg.* 3. corruptū *a Triboniano*, & nùnc ab eodem corruptum quoque §. primum eiusdē legis in cuius vulgatissima specie, ait primò, nōn rectè ità scriptum *Respondi super hoc, nèc dubitandum esse, quin fideicommissum valeat*; ideòq; huius loquendi formulæ *Tribonianum* authorem esse.

2 Sed malè ut solet conlectatur nā in præfata locutione nil absurdum, nil non latinum est: quinimò apertissimè in ea dignoscitur refractarius ille *Scev.* mos, quo suos etiā Consultores solet aliquando mordere concludendo, 3 aut *nihil proponi*, aut *denegandum esse*; Cęterùm non verè Faber sub *num.* 4. asseverat, non videri ad quæstionem responsum fuisse, eo quod non quærebatur, an fideicommissum valeret; sed an relictum esset? etenim nemo nō videt, dubitatum potiùs, an valeret fideicōmissum, quā an relictum; quoniam satis de hoc ultimo constabat, non solum ex eo, quod dixerat decedens *velle se relinquere Gaio Seio Contubernali prædia, quæ nominasset, eaque dicta in testationem fuerant redacta*; sed ex eo, quod interrogatus *an ipse vellet? Maximè* Respondit: & proindè dubium erat, an valeret fideicommissum, scil. an tali efficaci voluntate inniteretur, ut validum foret, possetque obstringere hæredes, ut ex causa fideicommissi prædia ipsi *Sejo* præstarent? Quanquam in hac materia nisi aucupari potius verba velimus, Idem prorsus erit quæsitum, an fideicommissum relictum & an validum? semper enim quod constat relictum fideicommissum fuisse, poterit securè responderi valere illud, & cum Scevola concludi *dubitandū non esse quin fideicommissum valeat.*

4 Secundò opponit *Faber num.* 8. quod si verbum *relinquo*, ut *Paulus in sententijs* scribit *lib.* 4. *tit.* 1. *de fideicomm.* non magis fideicommissi actionem parit, quàm verbum *cōmendo*; quomodò in proposita specie poterat concludi valere fideicommissum, si hoc verbo relinquere usum fuisse testatorem proponebatur?

Sed hæc obiectio quamvis coloratior sit, non tamèn magis quam prima subsistit, quod ut apertiùs demonstremus, plura hic adnotare libet.

5 Primò hanc *Pauli* sententiam, quòd verbum *relinquo* actionem non parie potius *Aniani*, qui huiusmodi fragmenta consarcinavit, quàm *Pauli* videri fuisse; & ratio in promptu, tum quia verbum *relinquo* precarium est, tùm quia passim Iuris Consultos invenimus eo usos in fideicommissorum materia, præcipui in *l. Lucius* 78. §. *filiam D. ad Treb.* ut magnus adnotavit *Cuiacius* ad prędictum *Pauli* locum, quem cum vidisset Faber ut effugeret scripsit *d. n.* 8. *in d. l. Lucius* §. *filiā* adfuisse specialia fideicommissi verba; nàm non in ea scriptum simplicitè (*relictum*) sed adiecto *per fideicommissum* relictum, ut in *l. fideicommissaria* 11. §. *si servo D. de leg.* 3. Sed quæso quæ nam alia sint in dicto §. *filia* specialia fideicommissi verba prætèr verbum *relinquo*, quis inveniet, nisi sibi ad libitum fingat? cum *Scevola* ibidem hæc tantùm proferat (*Lucio Titio fratris mei Filio Genero meo ducentos aureos relinquo*) deindè quis credat *Fabro* in fideicommisso constituendo oportere testatorē verbo *relinquo* adijcere

per

per fideicommissum; dùm in eadem *l. fideicommissa* 11. *Vlpianus in* §. *item si quis* 19. scripsit, *item si quis certam quantitatem cui reliquerit, & addiderit, &c. fideicommissum petat, &c.* nec adjecit, ut *Faber* volebat *per fideicommissũ cui reliquerit*. Neq; eo quod hæc verba *per fideicommissum*, passim adjecta reperiantur in eadem lege quicquam movet; nàm adijciuntur à Juris Consulto, ut per fideicommissum reliquisse testatorem exprimat, non ut ipsissima testatoris verba: His accedit, quòd si verbum *reliquit* nullam fideicommissi actionẽ pareret, quomodo verum quod scribitur in *l.* 1. §. *fin. D. de tab. exhib.* *verbũ relinquo ad ultimas voluntates pertinere*; quomodo verũ quod in *l. Plotiana* 18. *D. de jure Codicillorũ* hæc formula *si quid reliquero* ad relicta in testamento, & codicillis pertinebit, item in *l. hac sermo* 3. *D. si ingenuus quis esse dicatur*.

6 Secundò replicari poterit adductæ obiectioni cum *Osualdo* in notatis ad *Donellum lib.* 8. *cap.* 3. *lit. F.* quòd esto verba, *quod vellet ei relinquere* habeant nudam destinationem, cum proferuntur, attamẽ posteàquàm in testationem redacta sunt, & testatoris responsione confirmata, præferent voluntatem testatoris, in actum deductam, & dispositionem continebunt. Ex qua viri doctissimi ratiocinatione dicemus, *Scevolam* in præsenti, ut aliàs solet ex minùs sufficientibus verbis (sivè si verbum *relinquo* non importabat fideicommissum, sivè quia destinationem potiùs, quàm dispositionem prolata significabant) deduxisse dispositionem, eo quia ex attestatione, & Responsione, alijsque adminiculis satis de testatoris voluntate constabat.

7 Verùm enim verò nõ solũ vulgares *Repetentes* post *Bartolum* ad hanc *l. Pamphilo*, *Ruinum ad l.* 1. §. *si quis de verborum obligat.* *Danterium in comment. ad tit. de test. in rubr.* qui *testamenta facere possunt n.* 234. aliosq; similes, Sed ex eruditioribus sunt qui cum *Cujacio* 8. *obser. cap.* 37. *Alciato* 3. *Parergon. cap.* 23. perfectam ex verbis a testatore in specie hujus *l. Pamphilo* dispositionem eliciant, ut & consulentes quoque sunt cum *Soccino juniore cõs.* 179. *lib.* 2. *Vincentio Paleotta cons.* 135. *n.* 1. & *Pragmatici* cum *Capicio Latro decis.* 7. *lib.* 1. qui postremi & illud addunt ideò verba *velle se relinquere* apud *Scevolam* induxisse fideicommissum; quoniàm testatorem in mortis discrimine constitutum disponere potiùs, quàm se ad dispositionem præparare, aut perfunctoriè loqui existimare debemus cum *Ruino cons.* 15. *num.* 10. & *Marta voto* 8. *num.* 10.

8 Ponderãt quoque, nec parvi momenti fuisse dicunt probationem illam, de qua Juris Consultus meminit, cum ait quod Cajus Sejus, id quod testator dixerat, in testationem redigi curavit, quoniam testatoris voluntas, dicunt ipsi tùm ex his, quæ in testamento disposuit; tùm ex his, quæ dixit extrà testamentum rectè probatur, ut adnotavit *Mantica*, & *de Pretis* ex quibus & alijs *Regens Marcianus disput.* 16. *num.* 5.



CAPVT VI.

De prohibitione alienationis extrà familiam, & an prohibitus possit extraneum hæredem instituere.

SVMMARIVM.

1 *In proposita quæstione distinguendum esse.*
2 *Primus distinctionis casus.*
3 *Secundus casus.*
4 *Tertius casus.*
5 *De specie l.* 38. §. *quidam D. de legatis* 3.
6 *De Claudij nota ibidem.*
7 *Rejicitur Fabri emendatio.*
8 *Quid Nostri.*
9 *Summa distinctio in hac materia.*

1 Si quis aut cum *Interpretibus*, aut cum *Fabro*, hujusmodi quæstionem; utrum ex testatoris voluntate extrà familiam alienare prohibentis, quis censeatur prohibitus extraneos instituere; tractaverit indistinctè, is proculdubio intèr pugnantia Juris Consultorum Responsa in discrimen vocatus plura emendare, & dispungere, pluraq; in eis comminisci oportebit; igitur ne ità nobis eveniat, plures casus distinguemus.

2 Primus erit, si testator nõ solũ alienate fundum prohibuerit: sed rationem adiecit, quòd velit, ut fundus ille in familia relinquatur, aut conservetur, & in hoc casu etiam extranei hæredis institutionem prohibitã dicemus ex *l. filiusfamilias* §. *cum pater D. de leg.* 1. *l. unum ex familia* 67. §. *sed fil. peto* 69. §. *fratre D. de leg.* 2 ut & fatetur *Faber num.* 3.

3 Secundus erit, si testator alienationem quidem prohibuerit, sed alienationem dumtaxàt, nempè si fuerit illis usus verbis, quibus actus inter vivos complecti solent, & ostendit innuens se non tam de fundo perpetuò in familia conservando sollicitum esse, quam ne hi, quibus legavit, aut fideicommisit, eo fundo vivi priventur, & in hoc casu dicendum erit, non censendam hæredis extranei institutionem prohibitam.

4 Tertius demùm casus erit, si testator usus qui-

quidèm fuerit verbis alienationem dumtaxàt inter vivos prohibentibus; sed ex quibusdam coniecturis (ipsis enim semper in ultimis volontatibus locus) de conservando perpetuò in familia fundum cogitasse, voluisseque ità familiæ prospicere, appareat, & tùnc dicendum uti in primo diximus prohibitam esse nò solù alienationem, sed & extranei institutionem, cum è contrà si verba quidèm generalia fuerint, at de voluntate alitèr constet, dicemus prohibitionem non adesse.

5 His ità distinctis, si testator prædium libertis leget, prohibeatque: *ne quis eorum partem suam, vendere, donare, aliudve quid facere, alij velit; quod si adversus ea, quid factum erit, tùnc ea portiones, prædiumve cum taberna ad Rempublicam Tusculanorum pertineat*, (quæ species proponitur in *l. pater* 38. §. *quidam de leg.* 3.) quia substituti non cæteri colliberti fuère in casu alienationis factæ; neque familia eorum; sed extrà ipsos *Respublica Tusculanorum*, ex hoc nemo non videt, voluisse quidèm timore privationis adiecto terrere libertos patremfamilias, ne prædia alienarent; Sed non per hoc voluisse, ut perpetuò in eorum familia prædia essent; cùm tam facilè se passutum ostenderit, in alios ea ire scilicet in extraneorum collegium, & familiam: & hinc potuisse hos libertos decedentes, extraneos instituere hæredes dicendum erit.

Proindè cum ex facto proponeretur quosdam ex ipsis in collibertos, suas partes alienasse, & hos decessisse extraneo hærede, nempè Caio Seio relicto; non aliud Responderi à Juris Consulto debuit, quàm ad Caium Seium pertinere partes alienatas; Ratio in promptu, nàm si collibertos consideres, certum est, non posse hos sociorum partes sibi vindicare; quippèqui non in casu alienationis, à testatore vocati fuère, nèc adeò dilecti, ut perpetuò voluerit prædium in eorum familia conservari; si vero *Rēpublicam Tusculanorum* consideres, multò minùs hæc admittenda est; nàm vocata in illo casu fuit, quo alienatæ in extraneos partes fuissent: at nunc alienatæ in collibertos proponuntur, quod à testatore non fuit prohibitum: hinc, & rectè idem *Scevola* adijeit, *idem quæsivit, an partès ad Rempublicam Tusculanorum pertine-*
6 *rent, Respondi non pertinere.* Supplet *Claudius*; *quia non possidentis persona, qui nùnc extraneus est, respicienda est, sed emptorem, qui secundùm voluntatem defunctæ ex illis fuerant, quibus permiserat testatrix venundari, nec conditio extitit dati fideicommissi Tusculanis.* Quibus verbis ostendit sibi visum fuisse diminutè loquutum *Scevolam*, dùm ei poterat quis opponere factū esse contra testatoris voluntatem, qui ad extraneos pervenire partes relictas noluerat; hinc magis attentè observandum monuit, prohibitionem testatricis fuisse restrictam dumtaxàt ad alienationes inter vivos: & vocatam *Remp. Tusculanorum* sub conditione, si fuerit inter vivos alienatum, quæ conditio non extitit.

7 Cæterùm quia in proposita specie non ex extranei hæredis institutione; sed ex alienatione sequuta, ob cujus occasionem in extraneos, partes prædij transierunt: orta fuit dubitatio; ineptè facit, qui de partibus non venditis esse quæstionem credit: & assentitur *Fabro*, qui addita *negatione* legit *partes, quæ non venierunt*. quasi colliberti ex extranei institutione aliquid prætèndere potuissent, quod ex alienatione non poterant, quando constat vel ex verbis testatoris *Rempublicam Tusculanorum* vocatam; ideòque collibertos ex voluntate matris familiæ fideicommissum prætendisse, Tusculanos verò ex verbis eiusdem quod & *Faber* ipse vidit.

8 Nostri tamèn alitèr in materia, de qua agimus distinguèdum & procedendum volunt, & alitèr, atq; alitèr iuxtà facti seriem, & verborum significationem respondendum dicunt; ut videre est penès *Fusarium*, qui omnes collegit *quæst.* 712.

9 Possunt tamèn & hi casus omnes, ut & cæteræ ultimarum voluntatum interpretationes, ad duo redigi capita, scil. ad verba testatorum, & ad voluntatem ipsorum coniecturis elicitam, ex personarum affectione, ex consequentibus, & antecedentibus, & similibus deductis. Unde primò ad verba attendendum erit, & siquidèm illa in proposito adeò significantia sint, ut hæredis extranei institutionem nedùm alienationem compræhendere videantur, qualia dicunt Nostri esse verba generalitèr prohibentia alienationem: & tùnc dicendum erit prohibitam quoque institutionem extranei hæredis iuxtà tradita ad hanc *l.* & iura concordantia à Doctoribus penès *Fusarium* loco citato *n.* 13 adducta sin autèm non talia sint, aliud dicendum, & si opus erit statim ad mentem, & coniecturas deveniendum iuxtà tradita à *Gabrielio cons.* 91. *Peregrino de fideicom. art.* 40. *Decio cons.* 76. *num.* 19. & similibus.





CAPVT VII.

Ad §.fundum, & §. Iulius Agrippa l.pater 38.D. de leg.3.& §.prædium l.qui solidum 78. D. de leg.2.

SVMMARIVM.

1 *Cur in specie Scevola permissa extranei hæredis institutio.*
2 *Quid si non ita testator disposuisset.*
3 *De intellectu §.Iulius Agrippa.*
4 *De intellectu l. qui solidum §.prædium D. de leg.2.*
5 *Citatum tex. nec pro Interpretibus, nec pro Fabro facere.*
6 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
7 *Prohibita alienatione ad tempus, post tempus censetur permissa.*
8 *De prohibitione nuda, & prohibitione cum causa.*

1 IN ea specie, quàm *Scevola* tractat in *l.pater* 38.§. *fundum de leg.* 3. illud in primis observandum erit, quod ideò permissa fuit extranei hæredis institutio; quia testator ad alienationes in vita faciendas se restrinxerat: ità enim propositum fuerat (*fundum quoad vixerat, vetuit, venundari, donari, pignorari*) & hoc peculiaritèr ponderat Juris Consultus: dùm ait, *hoc ex voluntate defuncti colligi posse, filium quoad viveret alienare, vel pignorare non posse*.

2 Quòd si non quoad vixerit, filio se prohibere alienationem expressisset pater familias testator, posset utique ex illis verbis, *ita enim fiet, ut fundum Titianum de nomine vestro nunquam exeat* dici, quod prohibitio generalis futura erat, & per consequens etiam ad institutiones extraneorum porrigenda. Hoc autem non quia, ut vulgò *Interpretes* existimant, qui prohibet alienationem simplicitèr extra familiam, prohibet quoque extranei institutionem. Neq; etiàm quia ut scribit *Faber num.*3. plus est prohibere, ne fundus ex familia exeat, quàm ne extrà familiam alienetur, nam quis tàm superstitiosè decedentium verba disquiret? Sed ex eo quia quamvis testator prohibuisset venditionem, & pignorationem, atque ità actus, qui inter vivos celebrari solent: adijciendo tamen eam rationem, ut *fundus Titianus de nomine vestro nunquam exeat*; & substituendo filium; videbatur per voluntatis coniecturas, nullo modo velle ut fundus ad extraneos posset pervenire; ideòque etiam institutionem eorum prohibete; hoc autem ideò non dicimus in præsenti quia nimis apertis verbis, *quoad vixerit*, se prohibere dumtaxàt, expressit testator.

3 At, quem sibi tertiò objicit *Faber* sub *nu.*7. §. *Julius Agrippa* eiusdem *l.*, ad rem prorsùs non facit: tractat enim de nuda prohibitione, quà nec tenere, nec ligare, dum sine causa facta est in sexcentis iuris locis cautum est; quando autem non nudum præceptum continebit, sed adiectâ causam, facta prohibitio, tùnc ex verbis, & sententia testatoris quid dicendum sit, & utrum institutio quoque ab eo prohibita fuerit ex coniecturis eliciemus; interim divinare, sive potiùs delitare non oportet.

4 Neque pro *Interpretibus* facit, quod ab *Vlpiano*, aut *Papiniano* scriptum legimus in *l.qui solidum 78.§.prædium D.de leg.* 2. & obstare postremo his quæ diximus credidit *Faber n.* 11. quippè non pertinet ad primum casum à nobis in antecedenti capite propositum, nempè ad illum, in quo testator prohibuit ea de causa alienationem, ut prædium in familia retineretur; hoc autè cum dicat J. C. *verbis fideicommissi* effectû satis ità exprimit; apud se eôstasse, vel ex mente, vel ex verbis, quod perpetuò voluerit testator in familia conservari prædium, ut & *Faber* quoque non negat.

5 Sed quamquam ità probabilitèr dici possit, mihi tamen alitet in explicatione huius §. procedendum videtur. Et primò peterem ab *Interpretibus* quomodo à citato textu deducant, eum qui prohibitus est alienare, non posse extraneum hæredem instituere? Deindè à *Fabro*, ex quo habeat pro nostra sententia, quod possit? dicent primi, illud deducere ex eo quod scripsit Juris Consultus hæredem institutum, uti supremum ex liberis defuncti, habere actionem ad petendum fideicommissum; At replicabo nil ex hoc probari, quippèquod divinare erit, asserere hanc actionem ideò habuisse, quod fratres, extraneos hæredes instituerant; nàm quinimmò habuisse dieam ego quia illi alienaverunt in vita, non quia instituerunt extraneos, nam si instituissent; non habuisset superstes; ergò adversus nostram sententiam nunquam eoncludent *Interpretes*, nisi probaverint in specie hujus §. *prædiū*, fratres prædefunctos fecisse testamentum, extraneosq. instituisse hæredes, quod nunquàm probabunt nisi divinationibus suis inanibus, nos credere cogant,

Sed dicat *Faber* è contrà optimè probari ex hoc textu nostram sententiam: nàm filius in proposito, quamvis fideicommissi verbis prohibitus alienare, rectè tamen extraneum hæredem facit: Verum & ei replicabo id ideò rectè

rectè facere, quia ultimus decedens superstitem nullum de familia habet, quem instituat, ut apertè Iuris Consultus ostendit dicens *Supremus ex libertis*. Et sanè quantumcunque prohibitos quis sit alienare extrà familiam, & fideicommisso in favorem familiæ sit gravatus, si tamen ultimus ipse decedit, & nemo superfit, poterit ad libitum disponere, ut cuique palam est.

6 Porrò ut diximus ad verborum etiàm tractatum pertinet species §. *fundum* eiusdem *legis pater* 28. quoniàm in ea disertis verbis *quoad vixerit* prohibita alienatio est; ut & Doctores omnes in comment. ad eundem §. advertunt post *Bartolum*, teste *Menochio consf.* 80. *nu* 36. *volum.* 1. *Soccino consf.* 21. *n.* 21. *resol.* 3. *Mazzolla consf.* 34. *num.* 39. ideòque apud eos passim in ore *alienationem ad tempus prohibitam censeri post tempus permissam*. Quòd si tempus expressum non fuerit, scilicèt si non fuerit usus testator loquendi illa formula *quoad vivat*, aut *per annos tot*, fuerit tamèn verbis quibusdam usus, quæ tantummodò actus inter vivos comprehendant, ut sont verba *venditionis, donationis, permutationis*, & similia, tùnc non erit prohibitus gravatus hæres, aut legatarius cum decedit extraneũ instituere, atque ita in morte alienare, ut tanquàm certum adnotant *Petra de fideicommissis quæst.* 8 *num.* 284. *Riminaldus Iunior consf.* 456. *num.* 70. *Surdus decis.* 124. *num.* 10.

7 Rursùs & illud extrà controversiam est, quod si alienatio extrà tempus, aut casus expressos, aut personas in prohibitione expressas cẽseatur permissa; attamèn institutio earundem personarum expressarum, vel duràte tempore expresso, vel causa sempèr, & omninò erit prohibita, ut *Fusarius ubi suprà num.* 15. *& quæst.* 690. nos monuit.

Quòd si testator prohibitionem nequaquam nudam fecisset (hanc enim nihil operari ex §. *Iulius Agrippa*, concludunt omnes post *Bartolum*, & sequaces ad hanc *l. si pater*, *& Baldum ad l. & si fortè num.* 6. *Iasonem*, *Alexandrum*, & reliquos, cum quibus *Cepolla caut.* 32. *Diaz regula* 28. *Tiraquellus in præfatione tomo* 1. *de retractu num.* 50. *Decius*

8 *consf.* 23. *num.* 2.) Sed fecisset cum inserta causa, quod volebat bona in familia conservari, tunc quoniàm in hoc casu mens, & voluntas testatoris, ex revelato conservandi desiderio elicita, etiam institutionem extranei hæredis respuit, & excludit: dicendum erit prohibitum extrà familiam alienare, vel prohibitum ideò alienare, ut bona in familia conserventur, censeri quoque prohibitum instituere extraneum hæredem.

Non desunt tamen alij qui in prædictis distinguere soleant inter eum, qui prohibitus alienare, instituit sibi ab intestato successurum, & eum, qui instituit prorsùs extraneum. Nam priorem rectè testari, & instituere asseverant, quoniàm & si id non fecisset testando, adhùc idem ab intestato ei successisset; Posteriorem verò non ita, obstante prohibitione, ut ex innumeris refert *Fusarius dicta quæst.* 712. *num.* 24. *&* 30.



CAPVT VIII.

Ad l. cum pater 77. §. libertis D. de leg. 2.

SVMMARIVM.

1 Si bona fide, & ut Iuris Consultum decet, decedentium verba, in fideicommittendo præsertim, explicare velimus, non autem superstitiosè, & inani quadam subtilitate ad trutinam vocare; nunquàm differentiam cõstituemus inter eum, qui in familia retinere, & eum, qui in familia relinquere fundum iussus fuit; ideòque commentitiam asseverabimus, ut & suprà tetigimus, differentiam à *Fabro* proposità in preseti, & assertam in hac coniectura intèr retinere, & relinquere, quod si tamen nimis scrupulosè statuère aliquam velimus, oportebit eã statuendo ex diametro adversùs *Fabrum* concludere, quoniam magis restringi qui à testatore retinere fundum in familia iubetur, qua qui dumtaxàt relinquere planè videtur, hũc enim nil positivè facere oportebit, satisque erit, si non vendat, si non alienet, si non instituat; nã nullo ministerio suo opus erit, ut fundum in successorem trãsferatur facto enim, ut ait *Papinianus*, legat *l. unum ex familia* 67. *de leg.* 2. illũ oportebit non solùm prædicta omnia non facere; sed & retinere in familia fundum, tueri scil. eum, & defendere ut idem *Papinianus* inouit in cadẽ *l. unum ex familia* 67. §. *sed si fundum*.

2 His primò animadversis de verbis *Papin. in l. cum pater* 77. §. *libertis in fine D. de leg.* 2. agamus, illa hæc sunt: *at si nemo vendiderit, & novissimus sine liberis vita decesserit, fideicom-*

missi petitio non supererit. Sententia ipsorum est, quod in proposita specie de prædio libertis relicto, adiecta prohibitione, ne illud alienarent, utque in familia ipsorum manerent, si nemo alienaverit; cæteris libertis sine filijs defunctis (ut rectè advertit *Accursius*) fideicommissi petitio non erit, si novissimus sine liberis quoque decedens, extraneum instituerit; & Ratio apertissima est; nàm nullus superest de familia libertorum, qui petere possit, cuique prospexisse testatorem dicamus. Nec audiendus Faber est, qui sub *nu*. 3. ait: ità nos facere planè ridiculum *Papinianum*, qui moneat petitionem nullam esse, ubi nemo superest, qui petere possit; quippè tunc ita foret, si *Papinianus* ipse de hac re Consultus, hoc potissimum responderet: at eum istud incidentèr dixerit, principalisque quæstio alia fuerit, ut in textu videre est, quis verar ne potuerit quod indubitatum alias erat assumere, & proponere, tùm sermonis gratia, tùm ut ex minùs dubio, vel certo, magis dubium decideret, nèc exempla etiam apud alios Iuris Consultos in libris Juris Civilis desunt.

3 (margin number beside "mus. Nec audiendus")

4 Sed tandèm discutiamus Fabri interpretationem, Is ponit sub *nu*. 5. neminem ex libertis vendidisse, verùm defunctos omnes (præter unum) eum filijs; demùm hunc qui fuerat cæteris superstes decessisse, relicto hærede extraneo; & in hoc casu ait, non superesse fideicommissi petitionem præmortuorum liberis, ex eo quod novissimus extraneum instituit: ea nempè Ratione, quia ut ait ipse, retinere in familia fundum iussus est non relinquere.

5 At in his illud in primis occurrit, quòd cõtrà voluntatem defuncti, & contrà ipsa verba, non superesse actionem ad fideicommissum, Responderit, quippè si verum liberos ex prædefunctis libertis de familia libertorũ esse: si verum etiàm, testatorem huic libertorũ familiæ prospicere voluisse, ut in principio propositum fuit, ibi (*atque in familia libertorum retinerent*) cur his fideicommissum denegabitur? an dicemus (quantacunque sit differentia inter retinere, & relinquere.) Retinere in familia fundum eum, qui cum adsint, qui de familia sũt, voluit potiùs ad extraneorum favorem testari illisque fundum relinquere? At dicit *Faber* testator relinquendum in familia non dixit; Replicabo voluit tamen retinendum, & sicciné in familia retinetur fundus? occurrit *Faber num*. 8. aitque, liberos præmortuorum libertorum ideò fideicommissum non petere; quia ad eos vis, & potestas verbi retinendi porrigi non possit; Verùm hæc ratio & si vera esset non aliud concluderet, nisi posse eos alienare; quia prohibitionis vis & præceptum retinendi in familia fundum, eos non compræhendit, non tamèn, ideò quia retinere, & ipsi iussi non fuère, non petere ab illis poterunt, qui retinere debebant; Cæterùm falsissima hæc ratio est; nàm quia in familia retineri fundum voluit testator; & quia omnibus de familia providere; omnes ligavit, omnes alienare prohibuit. Id, quod quamvis ipsa verba non importarent, satis ex mente colligitur.

6 Verùm enimverò tandẽ sub *nu*. 12. manus dat *Faber*, & concedens, quòd si novissimus decedens liberos superstites habuisset, non potuisset testando fundum extraneo relinquere, jam fatetur jus esse liberis petendi fideicommissum, sed ne videatur sibimetipsi contradicere, prætexit sui dicti causam illam, quòd contrà testatoris voluntatem faciat is, qui cum posset non testando, in filios retinere prædium, testari maluit: at quid hoc prætextu ineptiùs? primùm contrà totius Juris prudentiæ principia vult hominem puniendum, eo quod non ab intestato; sed testato decedere voluit: deindè si verum est contrà voluntatem defuncti facere in hac specie de qua agimus, qui de fundo in alterius quam in suorum disponit favorem, id non habet aliam Rationem, nisi illã quod filij de familia sunt, quibus prospectum testator voluit; at hæc ratio militat quoq; in liberis prædefunctorum libertorum: ergo & illis ius petendi erit, nam in specie *Fabriana* nõ ex eo quod filij sunt jus habent ad petendum, sed quia de familia sunt & in familia, ut testatori satisfiat; Igitur omissis his nugis assentiendum *Accursio* est, dicendumque proponi hic à *Papiniano*, libertos omnes, sine liberis fuisse defunctos, extinctamque libertorum familiam; ptoindè ità Respondisse Iuris Consultum.

7 Ex dictis autem in cit. §. *libertis* Doctores inferunt quod is, qui contrà testatoris prohibitionem non alienaverit, in revocanda re alienata omnibus alijs potior erit juxta notata ad *l. si pater §. fin. D. de manum. vindicta*. At plerique ex *Pragmaticis* credunt ex prohibitione facta alienationis non solum prohibitã extranei hæredis institutionem assentientes *Fabio de Anna cons*. 53. *num*. 89. & in sequenti, sed ex hujusmodi prohibitione oriri fideicommissum in favorem ejus, qui non alienaverit arbitrantur; ideò potiorem hunc tùm in casu alienationis, tùm etiàm in casu mortis. videndus tamen *Fusarius quæst*. 688. & plures eum eo distinguendi casus.



CA-

CAPVT IX.

De lege peto 69. §. fratre D. de leg. 2.

SVMMARIVM.

1 *His quæ supra dicta sunt congruit Papiniani Responsum.*
2 *Non debet turbare quod cautionem exegerit.*
3 *Quid Repetentes & Pragmatici.*
4 *Si plures sint qui non alienaverit quomodo admittendi in petitione rerum alienatarum.*

1 CUM his, quæ à nobis sunt dicta à principio huius materiæ, consentiat *Papinianus in l. pete 69. §. fratre D. de leg. 2.* docens ibidem eum fideicommissum familiæ relictum fuerit, quomodò qui de familia fuot, 2 & quo ordine peteot, nos turbare non debet, quod in fine exegerit cautionem, quamvis nemo alius ulterior ex familia superfit, siquidem hoc & si subobscurum videatur *Fabro* apertam habet ratiooem quam idem *Papinianus* proponit in illis verbis, *cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto justè desiderari*: omissis itaq; quæ protrita, & ex aliorum commentariis hic *Faber* adduxit.

3 Adnotabimus quod ex hoc §. *fratre l. peto 71. D. de leg. 2.* post *Bartolum, Baldum, & Repetentes* solent Nostri praxim elicere, quæ in revocandis his, quæ contrà prohibitionem alienata sunt utuntur eamque praxim firmant eum adductis ab *Alexandro cons. 153. Aretino cons. 67. Cavalcano par. 3. decis. 19. num. 65. & seq. Thesauro decis. Pedem. 151. & Rosentalio de feudis par. 1. cap. 9. membr. 2. conclus. 70.* alijsque reportatis ab *Alphano num. 548.*

4 Sed si verum quod ex prohibitione alienationis oriatur fideicommissum partis eius qui alienavit, ad favorem oon alienantis, quæri solet si plures fuerint qui non alienaverint, quo ordine hi admittentur? Certè simul admittendos Respondere oporteret, & tamen *Pragmatici, & Interpretes* ad revocandum alienata, non omnes simùl de familia; sed ordine successivo admitteodos volunt post *Decium cons. 378. Cravettam cons. 180. num. 2. Cavalcanum decis. 50. num. 7.*

CAPVT X.

Ad l. unum ex familia 67. §. sed si fundum, & §. ideò D. de leg. 2.

SVMMARIVM.

1 *Quid sit quod obscurum facit Papin.*
2 *Nostra explicatio.*
3 *Ex qua nulla oritur iniquitas.*
4 *Fabri Sententia, & Verba.*
5 *Reicitur.*
6 *Iterum adversus Fabrum.*
7 *Fabri fundamentum evertitur.*
8 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
9 *Quid Neoterici.*
10 *Gravatus qui dilapidat, & cautionem non præstat potest cogi ante diem restituere.*

1 QUod subobscurum reddit *Papinianum* in §. *sed si fundum l. unum ex familia 67. de leg. 2.* verba illa sunt, *dixit ità demùm peti posse, si fundi pretium efficiat*; nàm quid sibi in illis velit, planè non constat; unde *Interpretes* à vero sensu abalienati per ambages, & ongas in varias quæstiones se involuerunt, & eom ipsis noster *Faber* in hoc prolixo capite. Ego germanam sententiam prædictorum verborum me assequutum spero; 2 dùm sic ea interpretatus sum *in Suspicionum Libris*, ac si *Papinianus* dixisset, in proposita specie ità demùm peti fideicommissum posse, si pretium efficiat, idest si pretium fundi petatur, illudque sit quod præstari oporteat; nuoc in eadem explicatione persisto, & dico quod cum is qui iussus fuit fundum in familia retinere, illum ipsum uni de familia legat, agit quod iussus; nempe retinet in familia eligendo tamen in eadem familia unum ex multis, quem postea, si deindè gravet, fideicommittens ab eo, ut pretium fundi restituat: is prædictum pretium ab hærede consequetur. hioc in proposita specie non tàm ab electo de familia, fundus fideicommissus ad beneficiom extranei videbitur; quam ab hærede fundi pretium eidem extraneo relictum.

3 Neque ab hac sententia ea ioiqoitas nascitur quæ ab *Accursiana* oriebatur, nam illa duplici pretio hæredem onerabat faciebatq; ut hæres, prius æstimatiooem fundi præstaret electo, deindè ut fundum daret, & tàdem eodem fundo à cæteris de familia vindicato aliam fundi æstimationem iterù ei daret, undè prædicta expositio meritò à *Fabro*, alijsq; te-

reprehensa est; Nostra, unicam tantùm æstimationem facit præstandam extero cui legatam vice fundi, fundum autem non prestandum, nisi ei ad quem pervenire debuerat.

4 Sed audiamus quid tandèm *Faber* post explosam Vulgarem Interpretationem afferat, & sub *num.* 29. sic loquitur, *quod Papinianus ait heredis heredem propter sequens fideicommissum, quod in externum collatum est oneratum intelligi hunc, ni fallor, sensum habet, ut post mortem electi, si qui supersint ex familia non possint illi petere fideicommissum ab heredibus electi, quasi electus ipse alienaverit, qui fideicommissum extraneo prestitit; sed ab herede heredis; quia quod electus alienavit, accidit facto primi heredis, qui fideicommissum hujus fundi perpetuò relinquendi in familia contulit. in extraneum: itaque contrà heredem heredis agendum est ex fideicommisso tanquam contra heredem alienantis.* Hæc *Faber*.

5 Verùm his plura obstant: primò quod non rectè ad *Papiniani* verba accommodantur: nàm si hæres hæredis, tanquàm hæres alienantis conveniri debet à superstitibus de familia, idq; dicere Juris Consultus voluit, scribere debuit, *heredem heredis conveniendum esse*: non ità *oneratum intelligi*: quippèqui si tanquàm hæres alienantis conveniatur, non ideò ab ipso testatore, ut prestet fideicommissum intelligitur oneratus; Ulteriùs si ideò intelligi oneratum hæredem dicas, quia conventus, æstimationem fundi cæteris de familia præstabit: falsum id est, nàm illi fundum petent, illũque à gravato, & non æstimationem volent, sed si dicas, ideò hæres hæredis quia à gravato redimere illum debebit, cõveniri, ut ipsis de familia præstet, coincidit quod novum se invenisse *Faber* credidit, cum eo ipso, quod *Interpretes* jàm dixère.

6 Hinc obstat secundò, nàm si petamus à *Fabro* quid illud sit, quod hic hæres hæredis cõventus tandèm præstabit? (nàm de bono iure Actorum jàm certi sumus) nil est, quod aptè respondere queat, nam si dicat præstaturum fundum in familia relictum, is fundum non habet; si dicat præstaturum æstimationem, hanc non recipient Actores; si dicat, Vindicaturum eum fundum ab hærede electi: deindè traditurum illum cæteris, quò hic inutilis circuitus? & quid proderit hæredi ejus qui electi, non molestari à cæteris de familia, si ab hærede hæredis molestabitur? Quòd si dicas tandèm, hunc hæredem hæredis conventum, nulla soluta æstimatione ab Electi hæredibus, aut ab extraneo fideicommissum vindicare, deindè illud superstitibus de familia præstare: falsum hoc est, & commentitium, aut saltèm omninò supervacaneum: cur enim superstites de familia directo adversùs extraneum non agent, fundumque sibi debitum vindicabunt?

7 Sed ulteriùs urget *Faber*, & suam sententiam quoquo modo fulcit ex sequentibus verbis, *& ideò si electo uno fideicommissum in externum non conferatur, non alias ei, qui electus est fideicommissum prestandum erit, quam interpositis cautionibus, fundum cum morietur, si non enim effectu in familia relinqueretur restitui*; Negationem detrahit, utrque legendum *fideicommissum in externum conferatur*; at proposita emendatiõ neq; illud probat, quod *Faber* intendit, nèc quod sibì velit *Papinianus* explicat. Primùm, nàm si ipse *Faber*, ideò laborat, ut hæredem hæredis liberum à restitutione faciat; unde vult oneratum hæredem alienantis; an non sibi contradicit? dùm cautione onerandum hæredem electi faciens ut concludat *Papinianus*, ex eo, quod onerat cautione, non obscurè innuit eum esse, qui relinquere fundum in familia debeat, quique teneatur: & proindè ad cautionem adigendum esse, quæ ab his exigi solet *l. peto 69. §. fratre D. de leg. 2.* Et sanè si hic hæres electi teneri non oporteret (si non ipse contrà primi testatoris voluntatem faciet) fideicommissum præstare à primo hærede relictum: prorsùs inutilis, & supervacanea hæc cautio, & ad nihilũ valitura foret, nisi velis quod hęc cautio faciet, ut electus fideicommissum præstare cogatur; Quòd si dixeris cautionem facere, ut tandem decedente electo, debeant ejus hæredes fundum ab extero, cui præstitum fuerat vindicare, cum satius sit, quod eo fruitus sit exterus, donèc electus vixerat, ità dicendo fateberis teneri hæredes electi, eosq; implicatos non liberos remanere; Verùm si ita dicere *Papinianus* volebat poterat simplicitèr, & clarè id proferre non per tot ambages,

8 At *Repetentes* cum *Bartolo*, *Baldo*, *Albano*, & sequacibus dicere hic solent, quod qui de familia, alterũ iuxtà potestatem sibi factam à primo testatore, eligit, eique fundum, relinquit, non potest illum gravare super eodem fundo in aliquid aliud, nisi tãtùmdem ei ipse reliquerit, ea nimirùm Ratione, quod fundum illi electo ex necessitate, non ex voluntate legat, hoc autem & *Pragmatici* passim iactant, dictitantes in specie proposita, nullam liberalitatem in eum, cui fundum ex necessitate reliquit, testatorem exercuisse; ideòque locum Brocardico, quem non honoro, gravare non possum, & catenùs possum quem gravare, quatenùs honoro, de quo *Gomezius Leo decis. 74. in decis. diversorum tomo 1. & Alex. cons. 19. vol. 7.*

9 Neque admodùm ab his, quæ dicta sunt à *Veteribus* in expositione hujus §., *Neoterici* dissentiunt, ut videre est apud *Goveanum 2. Variar. cap. 19. Cujacium 15. obser. cap. 2.* & alios, ad quorum omnium dicta illud addendum

dum

dum est pro pleniori materiæ intelligentia, quod non semper res ipsa, quæ restituenda fuisset, in restitutionem veniat; sed quandoq; pretium illius, nam si ponas hæredem gravatum, bona, quæ fuerant restituenda, bona fide alienasse, hujusmodi alienatio non revocabitur; sed solùm rei pretium petetur, ut notat *Decius conf. 236. num. 7. Rolandus conf. 81. vol. 2. & Onasthus decis. 73. Ludovicus decis. 29. Maganius decis. Florentina 102. num. 10. Francus decis. 498. num. 8. par. 2.* aliique post eum.

10 Denique ad illud, quod de cautione præstanda in hoc §. *sed si fundum* Juris Consultus, aut *Tribonianus* concludit, adnotant Nostri, quod si cautio non præstetur, & bona dilapidantur, poterit cogi gravatus etiam antè diem ut restituat juxta doctrinam *Beroi quæst. 72.*



CAPVT XI.

An prohibitus alienare possit ab intestato extraneum hæredem habere.

SVMMARIVM.

1 *Retinetur suprapositæ distinctio.*
2 *Ratio.*
3 *Rogatus fundum in familia relinquere non oportet ut dispenendo relinquat.*
4 *De Scevolæ Responso, in l. 8. D. de legatis 2.*
5 *Contradictio Fabri.*
6 *Quid Nostri in hac quæstione?*
7 *Explicatur quod dictum est.*

1 STamus etiam in materia *successionis ab intestato*, distinctioni suprapositæ in *successione testamentaria*, utrum testator simpliciter fundum alienari prohibuerit, an verò adiecto fideicommisso in favorem familiæ, & primò casu, quia sufficit prohibitum in vita non alienasse; nam potest in morte extraneum hæredem scribere; poterit quoque, & extraneum ab intestato hæredem habere; sed non sic secundo casu; nam sivè fideicommissum in favorem familiæ expressis verbis fuerit inductum, sivè ex voluntatis conjectura, (quod fieri posse, quamvis non sufficiant verba, supra demonstravimus) non solùm facere hæredem extraneum non poterit, sed nec aptè in fūdo ut supra relicto, aut in hæreditate ea lege data, hæredem ab intestato habe-
2 hit. Et Ratio in promptu est; quod cum fideicommissum omnibus de familia sit relictum; & sub ea conditione, si de familia fundus exierit, aut si non relinquetur in familia; statim quod fundus in posse extranei venerit, sivè per successionem testamentariam, sivè ab intestato, sivè per alienationem; quia verum semper fundum in familia non retentum, non relictū esse, committetur conditio; ideóque vocati de familia petent, atque etiam successores ab intestato excludent.

3 Nec tamen, ut *Faber* vult *num. 6.* omninò erit compellendus is, cui ea lege datum est fideicommissum, ut illud in familia relinquat; ad hoc ut testatoris voluntati satisfaciat fundum in familia relinquere condito testamento, sive Codicillis, aut aliquo etiam contractu inter vivos: quis enim dixerit liberum hominem cogendum esse testari, si intestato mori maluerit, aut legare, vel fideicommittere cum nolit, aut contrahere? benè quidem si testamentum conficiat, vel Codicillos, vel contractum, & in illis fundum in aliquam personam de familia transferat, iure eligēdi, quod sibi competit utetur; at si hæc non agat; quia non placet, omnes qui de familia sunt, (sed eo ordine quo debent) fideicommissum petent, innixi voluntate primi testatoris; unde sivè hic hæres testatus extraneum instituerit, quia huic dare fideicommissum non potest, sivè intestatus decessit nullique dederit fideicommissum, quia noluit: sivè etiam quia non potuit; semper idē continget; quid enim interest an extraneo sit legatus fundus de familia, an verò nemo fuerit à moriente hærede electus, nisi id dumtaxàt, quòd qui in extraneum cum non possit, testamento transfert fideicommissum, is conatur apertè adversùs primi testatoris fideicōmittentis voluntatem facere: qui verò intestatus moritur, si non eligat, non expressè facit, nàm non alienat, sed tamen facit; unde in utroque casu aperta via est, his qui de familia sunt, & utroque casu verum, non in familia retineri, aut relinqui fideicommissum.

4 *Scevola* tamen Responsum in *l. penult. sivè l. Codicillis 8. §. mater dè leg. 2.* quia in ea specie in qua fideicommissum in favorem nepotum fuerat relictum, non pertinet ad successores ab intestato, & quia ex illis verbis *habes filios sororum tuarum, quibus relinquas*, inducit *Scevola* fideicommissum sequutus potiùs testatoris mentem, & voluntatem, quàm verba. hinc minùs rectè *Faber* id negat *num. 9.* quando apertè ait *Scevola Respondi posse defendi fideicommissum deberi*: & pessimè tàdem concludit in dicto *num. 9. Itaque concurrere utrumque necesse est, ac præterea intestatam mori uxorem, idest non instituto alio hærede extraneo, ad hoc, ut sororum filij ex fideicommisso, admittantur*, quasi hoc non esset concedere datum fideicommissum ex illis verbis, Habes

5 *Habes sororum tuarū filios, quibus relinquas*, & aliquid interesset, porè, an verò sub conditione datum dicas, modò datum tandèm concedas; itaque concedis, mi *Faber*, quòd mox antè negaveras scribens nullum fideicommissum citata verba continere in filiorum sororum favorem: & jam continebunt illud citata verba in aliquo saltèm casu, vel in tuamet sententia.

6 Sed quicquid sit de his, apud Nostros receptum est, quòd cum testatoris verba favent, aut coniecturata voluntas, sivè etiàm cum ambo non refragantur, poterit prohibitus extrà familiam alienare, non obstante prohibitione, non solùm extraneum à familia instituere; qui tamèn ei fuerat ab intestato successurus, sed multò magis eundem ab intestato hæredem habere *Maxta cons.* 43. *Peregrinus de fideicomm. art.* 14. *a num.* 28. aliique quorum dicta expendit latè, ut solet *Fusarius quæst.* 711. Undè ad eum sequentes Doctores, & inter hos *Cons. Hodierna ad Surdum decis.* 124. se remittunt.

7 Verùm vel ex citato *Fusarij* loco intelligimus, alitèr dicendum esse cum prohibitio simplicitèr facta non fuerit; sed adiecto etiàm fideicommisso in favorem familiæ, scil. commens, aut testatoris verba præcisa sunt, nam tùnc neq. ex testamento, nq; ab intestato potest gravatus ad alium transferre id, quod voluit testator ad suos de familia, aut insimul, aut successivè per electionem pervenire.



CAPUT XII.

Ad tex. in l. cum pater 77. §. cum inter de leg. 2. & l. Pater 38. §. Iulius Agrippa de leg. 3.

SUMMARIUM.

1 *Fideicommissa pendent ex mente testatorum ad quam dirigenda Verba.*
2 *Explicatur §. cum inter.*
3 *Explicatur §. Julius Agrippa.*
4 *Objectio.*
5 *Responsio Accursij.*
6 *Defenditur adversus Bartolum.*
7 *Aliorum sententia.*

1 EX tex. in §. *cum intèr l. pater* 77. *D. de leg.* 2. & in §. *Julius Agrippa l.* 38. *D. de leg.* 3. confirmantur ea, quæ à nobis sunt dicta, totiesque suprà inculcata, scil. fideicommissum pendere præcipuè à voluntate, & mente defuncti ex coniecturis elicita, & secundùm has dirigi, & explicari verba oportere.

2 Nàm primò in dicto §. *cum inter l. cum pater* quamvis testator prohibuisset prædium de libertorum familia exire, ideòque ex fideicommisso in favorem familiæ facto; vetita esset (secundùm suprà traditam regulas) tùm extranei hæredis institutio, tùm etiam in illo ab intestato successio: attamèn quia voluit testator intèr libertos admittere quoque libertam, quæ tanquàm femina, hæredem de sua familia habere non poterat, cumque crederet Juris Consultus testatorem, qui matrem admiserat, admissurum in eadem parte filios; illius mentem sequutus, potiùs quam verba conclusit *hæredem libertæ filium partem prædij, quam mater acceperat, retinere visum est.* Coniecturas autem quæ movere Iuris Consultum odoratus fuerat antè *Fabrum* multò priùs *Salicetus in l. ea lege C. de condict. ob causam*, & quidam alij Antiquiores.

3 Secundò, quod dicebamus, nèpè prohibitionem (nisi fideicommissum adsit in familiæ favorem) comprehendere quidèm alienationes intèr vivos, at non institutiones, aut successiones extraneorum, probat perbellè §. *Julius Agrippa l. pater* 38. *de leg.* 3. nàm in illo quamvis prohibitio disertis verbis, & substitutio ad etiàm fisci favorem facta sit; solummodo præceptum continere Respondit *Scevola*, de non alienando, de non pignotando in vita hæredis; Etenim ex eo, quod actus intèr vivos prohibuit testator, usus illis verbis *quoad vixerit*, & denique ex eo quod fiscum substituit, extraneum nempè, tantummodò eum sollicitum fuisse, ne seipsos in vita Gravati privarent beneficijs suis.

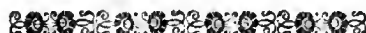
4 At quia adversus ea, quæ in capite antecedenti notavimus videtur in adducto tex. in *l. cum pater §. cum inter* probari indistinctè, quod prohibitus alienare extrà familiam possit hæredem ab intestato extraneum habere: ideò plerique solent Respondere cum *Ac-*
5 *cursio*, quid libertæ filius, qui ut dictum est succedit, de familia sit, cui tamen Responsioni se opponit *Bartolus* dum negat libertæ filiū esse de familia matris; quia mulier familiam nullam habet; & multò minùs per matris personam de familia testatoris esse posse.

6 Verum non rectè *Bartolum* adversùs *Accursium* ratiocinari, & si à *Fabro* laudetur *num.* 2. ex eo posset probari, quod hic non de familia, scil. agnatione testatoris loquimur, respectu cuius femina aliàs caput, & finis familiæ est; nam destruere nō conservare agnationem; præcipuè si jam nupta in aliena familia fuerit quia cognomen paternum amittit, ut alibi diximus, & ex *Corneo, Curello* quinimò ex *Labeone*, & *Pomponio* probat *Eruditissimus Laurentius Crassus* in suo luculètissimo

Juris

Juris Respõso quod pro *Exc.D.Petro de Aragona ProRege* in gravissima causa *Ducatus Segorbia* dedit,& respectu cuius loquimur liberta de familia non est;sed de familia libertorũ testatoris, sumpto familiæ nomine in ea significatione, in qua apud Romanos sumi solebat, qua & liberti, & servi compræhendebantur; Hinc cum hæc fœmina,de qua agitur,liberta, & proindè de familia libertorum fuerit, filius qui ab ea natus est, sivè servus antè libertatem, sivè libertus & ipse testatoris, de familia sit, de qua sermo est; nàm quod masculinitas in agnatione, id servitus in libertorum familia facit;proindè rectè dixisse *Accursium* admissum filium quia de familia,defendi potest, ut defendit quoq; & ratiocinatur *Decius* qui advertit quod non solum succedendo ab intestato matri, sed & per actum inter vivos consequi tanquàm unus ex familia potuisset fideicommissum,non obstante prohibitione, ut in *cõs.23. cons.422.481.* accedunt *Eman.Suarez.lib.1. sent.cap.30.*& alij reportati ab *Alfano n.378.*

7 Non desunt tamen qui & ab *Accursio*, & à *Bartolo* discedentes, dicant eum *Saliceto* quod pietatis causa admissus filius libertæ,licèt extraneus fuerit, atq; ità pertinere casum huius legis ad mentem testatoris,& ad coniecturas volunt, ex quibus, ut suprà diximus fieri potest, ut prohibitus alienare extrà familiam possit, prohibitione non obstante, extraneum hæredem habere.



CAPVT XIII.

An prohibitus vendere extra familiam,sit etiàm prohibitus donare.

SVMMARIVM.

1 *Prohibitus vendere, est prohibitus quoque donare.*
2 *Fabri sententia.*
3 *Refellitur.*
4 *Vrget Faber.*
5 *Replicatio.*
6 *Explicatur tex. in l. voluntas 4. C.de fideicommissis.*
7 *Quid Pragmatici.*
8 *Improbatur quædam eorum assertio.*
9 *Donatio quamvis remuneratoria alienatio est.*
Potest permitti donatio benemerenti si de testatore ipso non de Gravato benemeritus fuisset.

1 QUI vendere prohibitus est extrà familiam prohibitus quoque donare censendus erit, inspectis scil. non tàm verbis, quàm voluntate testatoris, & mente, quæ potissimùm in hac materia attendenda, ut totiès inculcavimus; & sanè si qui prohibet venditionem id facit, quia favori familiæ prospectum vult; cur non Responderet interrogatus, donationem extrà familiam, prohibere quoque velle, cum prorsùs eadem militet ratio.

2 At *Faber* adversùs receptam sententiam, quinimmò adversùs rationem ipsam disputat in præsenti,contenditque nullo modo factam de venditione prohibitionem,ad donationem porrigi posse, utiturque statim illo argumento,quod venditionis appellatione, propriè, & partitè loquendo non continetur donatio *l.sicut 8.§.sed si permiserit D.qui-*
3 *bus modis pign.& hypoth.solvitur;* mala tamen ratiocinatione eum uti ex eo constat quod quàvis ultrò fateamur differẽtiam in reliquis, attamen in hac re de qua agimus, aut nulla, aut verbalis tantum erit; siquidè eandem circa donationem quam circa venditionem, fuisse testatoris voluntatem, identitas rationis, & finis convincit; unde qui prohibitus est vendere, non ideò prohibitum quoque donare dicimus; quia donatio sub vẽditionis vocabulo contineatur; sed quia is, qui ut prædium in familiam conservaret, prohibuit illum extrà familiam vendi, videtur, & prohi-
4 buisse extrà familiã donari. Nèc quod rursùs urgeat *Faber*, nempè excludi nostram Responsionem ab illa Juris Regula, quod homines faciliores sint ad vendendũ, quàm ad donandum, quinimmò ad donationem diffi-
5 ciles potiùs,& retenti, admodùm movere nos debet; nàm si ex hominum moribus, & consuetudine Regulari hæc disputatio deberet, urique prohibitus fundum extrà familiam, alienare, iussusque in familiam relinquere, posset extraneum instituere hæredem, contrà id, quod *Faber* ipse paulò antè contenderat, expressumque est in nònullis iuribus nàm est non absimilis Regula, quod homines soleant faciliores esse in instituendis hæredibus de propria familia, quàm in instituendis extraneis: undè dicendum esset hoc ultimum eis non prohiberi, quia non de facili sunt facturi.

6 Denique tex.in *l.voluntas 4. C.de fideicom.* sicut probat Receptam sententiam, ità improbat *Fabrianam*, cum enim præferat rationem duplicem, alteram, scil. quod apertum non erat, de qua familia, nempè de sua, an verò de hæredum sentijsset testator, alteram, quod tunc non adhùc constabat, an foret appellatione familiæ contineretur; hoc enim demùm decidit *Justinianus in l.cum quidã 4.*

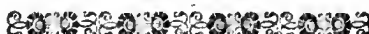
C.de

C.de verborum significat. concludit tamen visum aliter *Alexandro*: ideòque scriptum *ab eo voluntas patris prohibentis liberos fundos extrà familiam vendere, vel pignori dare, fratrem sorori donare, prohibuisse non videtur*: in his autem verbis observandū quod nō generalitèr dictum est *donare prohibuisse non videtur*; sed dictum *fratrem sorori donare*, ut intelligeremus alitèr dicendum fuiße, si extraneis proponeretur donatum.

7 Hinc & in hac disputatione, an prohibitus vendere, prohibeatur quoque donare, *Pragmatici* mentem, & verba testatoris esse attendenda concludunt; nàm quamvis nisi quis verbis generalibus, ut est *alienare*, prohibeatur (de quo casu plura *Anchar.cons.* 105.*num.*2.*Alber.cons.*64.*Dec.cons.*27.*nu.*2. *lib.* 3. *Mascardus de probationibus conclus.* 1236.*num.*105.) Si vendere prohibitus fuerit, non videatur prohibitus donare; quoniàm prohibitio odiosa est, & aliud fit donare, aliud vendere, ut & ratiocinabantur *Ruinus cons.*116. *num.* 16. *lib.*2. *Riminaldus Junior cons.*313. *num.*13.*lib.*3. Item *Menochius cons.*216.*num.*31.& *Petra de fideicomm.qu.*8. *num.*2. adducto tex. in *l.ult. C.de præd.Curial.* perpensis iisdem ferè, quæ hic *Faber*; Attamèn ubi eadem ratio militat, veluti cum prohibitio facta fuerit favore familiæ, tunc vendere prohibitus, ut fundum in familia conservet, eadem de causa donare prohibetur, uti *Repetentes cum Imola*, *Alexandro*, & *Iasone in l.filiusfamilias* §.*Divi D.de leg.* 1. *Soccino Juniore*, & *Igneo ad l.Iudum C.de contr.empt.* dixerant, & in Foro receptum faciunt *Fabianus de monte tract. de empt. & vendit. quæst.*2.*num.*8. *Fusarius quæst.*695. & *Peregrinus de fideicomm.art.*14.*num.*4.

8 Illud verò non rectè quidam sentijsse videntur, quod scil. prohibitus alienare bona fideicommissi, possit remunerationis gratia eadem donare, ut scribit *Fusarius dicto loco num.*6. se remittens ad *quæst.*538. in qua apertis verbis affirmat post *Iasonem in Autentica res quæ.colum.* 1. *C.comm.de leg. Barbatum, Boerium, Nattam, Soccinum Juniorem, Cephalum, Bursatum, & Decium*, itemque *Petram de fideicomm.quæst.*8. *num.* 542. *Fabianum de Monte tract.de empt. & vendit.par.*6. *qu.*14. *nu.*40. non rectè sanè, ideòq; iustè ab illis dissentit *Curtius Junior in Aut. res, quæ C.com. de leg.num.*55. quoniàm in re, de qua agimus, parum interest, quod remuneratoria donatio fuerit: id enim faceret quidèm, ut prohibitus simplicitèr donare, non censeretur prohibitus remunerandi causa donare; nàm qui remunerandi causa donat, vendit potiùs, quàm donat; & prohibitus simplicitèr donare nō prohibetur vendere, ut observât *Imola ad d.l. filiusfamilias* §.*Divi*, & *ibi Alexander num.*24. *Rom. ad l.usumfructum nu.* 18. *D. soluto matrimonio*, nisi identitas rationis alitèr expostulet, ut iidem *Doctores*, & *Alciatus*, & *Ruinus* fatentur, & meminit *Fusarius*

9 *d.quæst.*695.*num.*19.& *seqq.* At non facit, ut cum alienationem testator prohibuerit; quoniàm vel in familia retinere bona, vel eadem per fideicommissum ad aliquem pervenire voluit: donatio quamvis remuneratoria alienatio non sit, atque voluntati testatoris, eiusve fini non adversetur, nam ille utique, & remuneratoriam donationem prohibuisset, ne bona alienarentur; sanè si dicamus permissam, quoniàm gravatus ex meritis à donatario tantumdem habisset videtur, aut quoniàm debitum exsolvit, non donat, dicere nos oportebit adversùs ea, quæ iidem *Pragmatici*, & *Interpretes* volunt, quod prohibitus vendere, quoniàm pretium habiturus est, non prohibeatur vendere, vel pro suo debito in solutum dare; quoniàm debitum exsolvit non distrahit, & quoniàm ex pretio debitores suos dimittit; de reliquo si is qui donationem accepit benemeritus non de hærede gravatu, & prohibito; sed de testatore benemeritus fuisset: in hoc casu his, quæ à *Pragmaticis* dicta sunt locum fieri posse crederem.



CAPUT XIV.

An fideicommissum inductum ex prohibitione alienationis in favorem familiæ facta, sit purum, an verò conditionale.

SUMMARIUM.

1 *Fabri sententia.*
2 *Impugnatur.*
3 *Respondetur vulgari argumento.*
4 *Altera Fabri assertio.*
5 *Quæ partim admittitur partim impugnatur.*
6 *Probatur nostra sententia.*
7 *Respondetur Novellæ* 159.
8 *Quid Repetentes & Pragmatici.*

1 IN proposita quæstione *Faber*, multum referre, ait, an testator simplicitèr prohibuerit alienari fundum extrà familiam, an verò iusserit etiam, ut fundus in familia relinqueretur. Et primò casu ad *num.* usque quintum, contendit fideicommissum conditionale esse, unicam tamèn continere conditionem si fundus alienetur: idque operari concludit, ut semèl alienato fundo extrà familiam

liam is qui illum recuperat, consequiturque tanquam in eo casu vocatus; postea impunè eumdem fundum alienet.

2 Sed vereor nè non hæc sententia pugnet apertissimè cum testatorum voluntate: pugnet, & cum ratione; nàm si verum est prohibitionem, ne fundus extrà familiam (quamvis non adiectum, ut in ea relinquatur) non nudum præceptum, sed fideicommissum in favorem familiæ continere, si verum etiam ad hoc fideicommissum admitti omnes de familia: cur non & omnes prohibitio tenebit? maximè si his verbis usus fuerit testator: petó ne fundum de familia exeat; nàm hoc casu prohibitio, etiam attentis verbis, omnibus de familia facta est, omnesque ligat; nam nō aliter testatoris voluntati fieri satis poterit; neq; ex eo quod unus controvenerit, alienaveritque extrà familiam, ideò licentia erit aliis alienandi, etenim sicut illi non impunè alienatio cessit, ità nèc succedentibus cessura; cōditio enim semèl apposita, fundum alienari prohibitū sequetur, & apud quēcumq; fuerit

3 ille ea lege erit ne alienetur. Nec Brocardieū, quod vulgò iactari solet, *rem inalienabilem semel alienatam fieri alienabilem* omninò tutum est. nàm aut debet intelligi de re iustè, & rectè à principio alienata, aut saltèm hic non ad rem adducetur, nàm in proposito fideicommissum, seū fundus alienatus dici nō potest extrà familiam: quandoquidem & si id voluit primus, & tentaverit facere, quia tamen statim insurrexère sequentes, & periere fuisse tentatum alienari, non alienatum dici debet. Non nego tamèn multum in hac re posse testatoris voluntatem, ideòque si talis fuisse ex coniecturis appareat, ut restringeret ad primos succedentes prohibitionem, poterunt tunc qui sequentur impunè alienare.

4 Secundo casu, si fundus alienari prohibitus, & in familia relinqui iussus fuerit, ait *Faber* à *n.* 5. fideicommissum illius induci non solùm reciprocum, sed graduale, reale, & perpetuum, tum conditionale illud esse.

5 Mihi tamèn relictis, quæ ipse attulit, ac Doctorum distinctionibus, dicendum videtur, huiusmodi fideicommissum, & purum esse, & conditionale: nàm quia prohibita in eo alienatio, conditionale erit in favorem proximi succedentis sequuta alienatione, quia

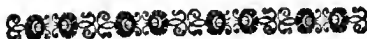
6 iussū in familia relinqui, purum erit, & sanè primum, facilè mihi concedet *Faber*, facitque ut concedant omnes *Sce vola in l. penult. §. institut o D. de leg.* 1. Secundum quamvis neget *Faber*, satis apertum erit, cuique rem pēsitanti, nam quod in adversum ille ponderandum voluit, scilicèt habere primum facultatem eligendi de familia, non obstat: nam etiam admissa hac facultate, fideicommissum purum dicetur ad favorem illorum de familia

sivè ex testatoris voluntate admittantur, sivè ex legis dispositione, ex *Papiniani* sententia in *l. cum ita §. in fideicomm. D. de leg.* 2. sivè tandem ex ipsius gravati electione; nam semper certum admissuros fuisse.

7 Denique quod in *Novella* 159. *ut restit. &c.* scriptum est, in contrarium non facit, quod nunquàm ex eo firmiter concludas, quod fideicommissum semper conditionale sit, sunt namque verba tex. involuta, & forsan hæc *Novella* ut dixit *Cujacius* ex earum numero est, quæ obscurè, & ambiguè conceptæ à *Triboniano* fuère.

8 Sed quamvis ita ut suprà *Faber* distinxerit: aliter tamèn distinguendum Nostris visum est; nàm non illud quærunt, an simplicitèr quis prohibeatur alienare extrà familiam fundum, an verò iubeatur eumdem fundum in familia retinere; sed an prohibitio personalis fuerit, idest in personam hæredum concepta, ut est, ex. gr. si iussi sunt Titius, & Mævius hæredes scripti, nè alienent; an verò realis, & in rem ipsam concepta, ut est, si dictum fuerit: prohibeo talem fundum, aut bona mea alienari; dicunt namque quod in primo casu semèl re alienata extrà familiam perpetuò alienabilis fiet, in secundo casu non itèm, ut pluribus explicant cum *Glossa*, *Bartolo*, *& sequacibus in l. peto §. fratre D. de leg.* 1. cum *Cephalo*, *Gabrielio*, *Bursato*, aliisque apud *Fusarium quæst.* 721. *num.* 4. *& seq.* & cum *Fabiano de Monte de empt. & vendit. quæst.* 4. *& quæst.* 22. *num.* 42. *Peregr. de fideicomm. art.* 41. *num.* 20. *& Pretis de interpret. ult. volum. Menochio*, & alijs apud *Fusarium* citatum; licèt non desint qui simplicitèr credant, quod si unus ex prohibitis alienare partem alienatam redemerit, partem illam perpetuò alienabilem faciet ex doctrina *Bartoli in l. quemadmodum C. de Agricolis, & Censitis*, *Belloni supput.* 4. *cap.* 12. & aliorum adductorum ab *Alfano in reportatis num.* 15. *a Decio consf.* 88. *&* 182. *ad finem*. Vide *Menochium de arbitr. lib.* 1. *quæst.* 54. *num.* 15. *Tiraquellum de utroque Retractu* §. 32. *Glossa* 1. *num.* 5.





CAPVT XV.

An prohibitus alienare extrà familiam, id possit, Requisitis illis de familia, & emere nolentibus.

SVMMARIVM.

1 *Quid Doctores, & Peregrinus in suprapostita quæstione.*
2 *Cum illis sentit Faber.*
3 *Non placet sententia, & distinctio.*
4 *Respondetur ad tex. in §. coharedes l. qui Roma D.de Ver.ob.*
5 *Quid Interpretes & Pragmatici.*

1 IN quæstione illa, an prohibitus extrà familiam alienare, si cæteris de familia denunciet venderese velle, & hi emère noluerint, possit extraneis vendere: varij varia dixère, quibusdam tamen placuit sequutis *Peregr.de fideicomm.cit.art.*14.*n.*20. distinguendum esse, an testator simpliciter prohibuerit fundum alienari exrrà familiam, an verò adiecit se velle, ut in familia relinqueretur, retineretur, aut quid simile; primo casu affirmādum, posse prohibitum postquā cæteros de familia requisierit, eisque denunciaverit, alienare in exrraneum dicunt. Secundò casu negandum, & si centiès denunciasset, & in hoc sensu explicant *Bartolum in l. qui Roma §.coharedes de verborum oblig. num.*20.

2 At mihi & si plura ab ea mutuatus sit *Faber*, sententia hæc, & distinctio nò placet, ideòq;
3 absolutè negarem sufficere prohibito, ut denunciet, ad hoc, ut à prohibitione liber evadat. Cur enim etiam in eo casu in quo solùm prohibitus est extrà familiam, minùs obstrictus erit? Si in eo quoque testatorem fideicommissum fecisse in favorem familiæ consentiunt omnes? an non tunc noluit extrà familiam exire fundum? & sanè exiguum prorsùs commodum, & indignum existimatione tanta continebir fideicōmissum, si non aliud importaret, quàm ut in venditione, qui de familia sunt, pro eodem pretio extraneis præferrètur. omitto quod insulsè absolutè vetita alienatio fundi à testatore foret qui alienari quidē volebat: sed priùs requisitis illis de familia an emère voluerint; & quæsò videat quisquis volet, hac admissa sententia, quænā differentia assignari poterit (cum tamèn assignanda sit) an testator absolutè dixisset *fundū de familia exire veto, vel prohibeo, fundum extra familiam alienari*, & si dixisset *rogo Titium, cui fundum legavi, ut si illum vendere voluerit præferat in ejus emptione pro eodem pretio illos de familia*; Certè nulla; & tamen verba utriusq; dispositionis alitèr exquirunt.

4 Neque ad rem facit §. *coharedes l. qui Roma D.de verborum oblig.* quo omnes aburuntur; nam in eius specie non hæres prohibitus, ut in casu, de quo agimus; sed pacto astrictus est, ut in venditione præferat cohæredem, eique vendat certo pretio, & non ampliùs: hoc autem pacto nemo dicet prohibitum hæredem vendere, nemo prohibitum favore familiæ, sed dicet prohibitum vendere alteri quam cohæredi, atque ita non solùm permissus, sed iussus quodammodo favore cohæredis vendere pro certo pretio; quod longè distat à quæstione, quam tractamus.

5 At quanquàm apud Nostros magnis contentionibus, & innumeris hinc indè Scriptoribus adductis, agitetur quæstio præsens de qua agimus, ut videre est apud *Fusarium quæst.* 722. & alios ab eadem Autore adductos; Non desunt tamèn qui nobiscum sentiant, & quotiès testator bona in familia remanere se velle dixerit, ideòque prohibuerit alienare, nunquàm prohibitionem cessare dicūt, etiamsi cæteri de familia emere noluerint requisiti, & inter hos sunt *P.de Castro ad citatam legem filiusfamilias §.Divi n.*10. *Soccinus Senior cons.*227. *Decius cons.*38. *Ruinus cons.*101.*num.*76. *in fine lib.*2. *& cons.* 134. *in fine lib.* 3. à quibus non admodùm discrepant idem *Peregr.cons.*58. *& seqq.lib.*3. *& Petra q.*7.*& seq.de subst. fideicommissarijs*, quamvis hic verba efficaciora, & denotantia perpetuitatem, vel generalitatem requirere videatur.



CAPVT XVI.

Ad tex. in §. filium l. pater 38. D. de leg. 3.

SVMMARIVM.

1 *Accursij sententia potest defendi.*
2 *Recipitur tamen sententia Cujacij.*
3 *Oppositio Fabri.*
4 *Resolvitur.*
5 *De nostra suspicione.*
6 *Reicitur Fabriana sententia.*
7 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
8 *Sibi contradicunt.*

1 Non

1 NON adeò deplorata est *Accursij* interpretatio ad *Scevolam in §. filium l. pater 38. de leg. 3.* ut retineri, & subsistere nullo modo queat; quandoquidem sæpè apud Juris Consultos hanc vocem *Virilis* totum comprehendere videmus, ut admonet *Vlpianus in l. virilis 145. D. de verborũ significat.* cujus verba faciunt Regulam generalem, & per modum Regulæ à *Triboniano* nobis proposita sunt; neq; audiendus est *Faber*, qui ad leges dumtaxàt *Juliam, & Papiam* ex epigraphe Responsi *Vlpiani* illa restringit in præsenti *n. 5.* quasi quod J. Consulti non sueti in uno aliquo tractatu generales quasdam Regulas statuere, aut proponere, quæ & in illo, & in omnibus locum sibi vindicarẽt; hinc & si potissimùm ad illum, ad quẽ sunt adductæ pertineant, pertinent quoque & ad alios; cujus rei exempla in promptu sunt, vel in Regula, de qua agimus. nam observa edictum Prætoris *de legatis præstandis contra tab. bonorum possessione petita*, & videbis de virili Prætorem loquutum: & tamèn hanc vocem *virilis*, nùnc unam, nùnc alteram partem significare, ut explicat idem *Vlpianus in l. virilis 8. sub eod. tit. de leg. præstandis*: at finge unum esse eum, qui contrà tabulas bonorum possessionem accipere possit, accipiatque, an non respectu *hujus virilis portio* totum significat? certè, quod sic, nam alioquin dettactaret hic iustè legata integra solvere, eo quod tantum virilem ex edicto debeat, idest partem dumtaxat, si virilis non aliud quam partem significare posset.

2 Ego tamèn potiùs inclino in viri clarissimi *J. Cujacij* sententiã, quàm tradidit *lib. 15. obser. c. 4.* & *Gothofredus* adnotavit ad *d. §. filium*; & ad *Vernam* pertinere totum nolo in proposita specie, non quia ly *virilis* comprehendere totum non possit; sed quia ad *Vernam* totum nullo modo pertinebat; adiectio namque illa testatoris ad *Vernas quos hoc testamento nominavi*, facit, ut nominatim legasse videatur; atqui nominum nuncupatio, viriles partes facit ab initio adeò, ut singulis divisim ab initio partes ascriptæ videantur *l. 7. de leg. 2. l. uxorem §. agri de leg. 3.* ergò non poterit *Verna* in prædefunctorum partes succedere; eo magis quia neque iuri accrescendi locus esse potest, ut idem *Cujacius* probat ubi suprà.

3 Illud verò, quod *Faber* opponit *Cujacio*, nempè in præsenti non quæri nos de jure accrescendi; sed de fideicommisso: & cur non inductum sit ex illis verbis; *veto ædificium de*
4 *nomine meo exire*: facilè resolvitur; quoniam ex eo, quod partes à principio viritim sunt datæ, prohibitio sequuta alienandi nõ potest inducere fideicommissum reciprocum inter omnes; sed tantum inter descendentes ab unoquoque in parte sua; unde si testator legaverit Titio, Mævio, & Semptonio partem virilem in fundo, aut eos instituerit, quẽlibet in tertia parte, deindè fundum, aut bona hæreditaria prohibuerit alienare, non ideò censebitur invicem substituisse, & reciprocè eos quos nominavit, sed quilibet ipsorum dicetur prohibitus in sua parte, ut rectè Doctores, de quibus infrà.

5 At si id non placeat, potest quisquis velit ad libitum indagare, qua de causa reciprocum fideicommissum in præsenti specie non non admiserit *Scevola*, est enim id per me cuique integrum, quamvis olim meam Suspicionem proposuerim in *Suspicionum Libris*; sciat tamèn quod nunquam *Fabrianum*
6 cõmentum admittere poterit. Quid enim refert & si scrupulosissimè pensites verba, an testator dixerit: *veto ædificium de nomine meo exire: sed ad Vernas meos pertinere volo*: an verò dixerit *volo, ut ædificium meum ad Vernas pertineat, ipsumque de nomine meo exire veto*, dum idem prorsùs, utraque formula testator jubet, neque eo quod prohibitio, post legatum ædificium *Vernis*, fuerit facta à testatore, dici poterit directam eam ad libertos fuisse, sicut si facta ante legatum non ideò ad solam filiam directam esse, cum in utroque casu tùm ad filiam, tùm ad libertos direxisse prohibitionem dicendum sit; alioquin sequeretur, quod in secundo casu posset filia ædificium alienare, & ità inane, & elusorium tùm fideicommissum *vernis* factum, tùm prohibitionem reddere, quod sanè absurdum est sicut & asserere quod prohibitio facta post legatum directa sit ad filiam, contra id quod à *Celso* monitum est.

7 At quamvis *Interpretes* post *Bartolum* ità explicent hunc textum, ut affirment ad *Vernam* superstitem totum pertinere, attamèn in ea quæstione, quę ab illo desumitur, an scil. ex prohibitione alienationis facta, reciprocum fideicommissum etiàm de linea ad lineam resultet inter descendentes à pluribus alienare prohibitis; magis communitèr negant resultare, ut videre est apud *Menochium* pluribus in locis præcipuè *consil. 376. à num. 39. & 489. num. 4. & 4. præsumpt. præsumpt. 62. n. 40. Peregr. de fideicom. art. 13. num. 73.* aliosque adductos à *Fusario quæst. 689. num. 1.* quod & in foro receptum testantur *Cavalc. decis. 5. nu. 67. par. 3. Rota Romana* apud *Farinacium decis. 466. in fine*, & in collectis ab eodem *decis. 367. num. 14. par. 1.* quorum sententia si admittatur, contradicentes sibimetipsi *Pragmatici, & Repetentes* concludent, id quod à principio dicebamus, nempè in specie hujus tex. nequaquam ad superstitem *Vernam* totũ pertinere; sed virilẽ portionẽ dũtaxat, ideòq; falsũ quod à principio ipsi tanquã certũ tradiderant remanere.



CAPVT XVII.

Ad tex. in l. hac edictali 6. C. de secundis nuptijs.

SVMMARIVM.

1 *Quid Leo, & Antemius in hac l. hac edictali.*
2 *Vera sententia à Fabro sequuta.*
3 *Notatur Faber.*
4 *Exponitur verus sensus verborum tex.*
5 *Explicatur Justinianus in Novella 22.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Detegitur eorum error.*
8 *Confunditur.*
9 *Quid meliores.*

1 SEntiunt melioris notæ *Interpretes*, quam-
vis vulgò oppositum placeat, quod non
aliud in *l. hac edictali 6. C. de secundis nuptijs*
ab *Imp. Leone, & Anthemio* statutũ sit, quàm
ut non plùs liceat conjugi, qui secundò nu-
psit viro, aut uxori inter vivos, vel in ultima
voluntate, donare, aut relinquere eius, quod
donavit, aut reliquit filijs ex primo matrimo-
nio susceptis, nempè unicuique eorum, si plu-
res sint, quod ipsum & *Justinianum* sanxisse
advertunt in *Novella* 22. in qua, maiori ex
parte, hæc lex translata est.

Hinc si qui ad secundas cõvolavit nuptias,
decedens uxorem in semisse, & in re-
liquo semisse filium instituerit, idest ambos
uxorem, & filium pro æquali parte, satisfecis-
se eum *Leoni, & Anthemio* dicunt, nec posse
filium hac constitutione abutens, primùm le-
gitimam præcapere, deindè quod reliquum
est cum Noverca partiri.

2 Horum sententiæ, relicta communiori, ju-
stissimè *Faber* adhæret, adhæremus & nos,
qui aliàs unicam duntaxàt quartam in quæ-
stione huic affini de filio instituto, gravatoq;
restituere, dandam defendimus.

3 Cæterùm illud in præsenti capite animad-
versione dignum occurrit, quod *Faber* scribit
nu. 9. in explicatione illius versiculi, *ut quar-
ta pars, quæ eisdem liberis debetur ex legibus
nullo modo minuatur*, nempè hoc versiculum
Imperatores adiecisse pro Vitrico, & Nover-
ca; nã quinimmò apertissimè pro filijs appo-
suisse contextus ostendit, & quamquàm ver-
borum sensus non ille sit, quem Doctores vul-
gò credunt, neque tamen ille est, quem *Faber*
4 comminiscitur, sed sequens; dixerant Impe-
ratores non esse relinquendum plùs conjugi,
quèm filio: verùm quia quis dubitandi ansam
potuisset accipere, utrum sufficeret, vel quid
minimum (atque ità minùs legitima) filio re-
linqui, dummodò non plùs relinqueretur
conjugi; adjectum est in filiorum favorem ad
hanc dubitationẽ subvertẽdã (*ut quarta pars,
&c.* quod ipsũ & *Justinianus* asserit, optimus
5 *Leonis, & Anthemij* Interpres in citata *No-
vella* 22. in qua cum dixisset: *Si verò inæqua-
lia quæ relinquuntur fuerint, tantùm necessè
est solùm ad Novercam, aut vitricum venire
ex quacunque largitate parentis in quantum
qui minùs habet filius ex illius substantia per-
cepit, aut ex novissima voluntate dimissum, aut
in vita datum.* adjecit deindè explicans illud
minus sequentia verba, *habet quippè dudùm
quarta, nunc autem tertia, aut media secundùm
nostram legem portione omninò filio relinquen-
da, aut danda.* Atque ita explicat filio non mi-
nùs legitima dandum esse; & vitrico, aut no-
vercæ non plùs quàm filio; hoc ipsum confir-
mat *Julianus* patritius in epitome dictæ *No-
vellæ* 22. ibi: *Nam si dispares portiones eis præ-
stiterit, necessè est novercam, vel vitricum illi
filio comparari, qui minimam portionem accepe-
rit, ita tamen, ut unusquisque libererum non
minùs lege falcidia habeat*; aperit itaque &
Julianus quod non minùs legitima liberis
possit relinqui, at posse cum legitima illis re-
licta est minùs ea conjugi relinqui.

6 Verùm enimverò & si ut dicebamus, juris
Civilis Regulis inspectis; adeòque hac Con-
stitutione *Anthemij, & Leonis in l. hac edi-
ctali*, si filius in semisse fuerit institutus, id
sufficere ei debeat, neque aliud possit præ-
textu legitimæ prætendere, cum in isto casu
querelam inofficiosi non habeat, aut aliquod
aliud remedium: attamèn quia *Pragmaticis*
perpetuò in mente residet quod filius credi-
tor in legitima sit; & quod possit tãquàm talis
& si institutus præcapere tantum quantum
ad legitimam conficiendam satis sit iure
quartæ, reliquum verò tanquam hæreditatem
habere; ideircò in specie de qua agimus, ple-
risque visum est, ut filius legitimam ante par-
tem capere possit: deindè cum Noverca, aut
cohærede alio sibi dato, reliquum hæreditatis
dividere: ut post Antiquiores *Trentacinquius
variarum resolutionum 3. tit. de jure dotium
resolut. 3. in fine, Fachin. 3. contr. cap. 70. Marta
de success. legali par. 3. quæst. 11. art. 1. Grat. di-
scept. cap. 467. a num. 4. Tesaurus decis. 184.
num. 11. Franc. Marcus decis. 23. & decis. 77.
lib. 2. Mainardus decis. 79. lib. 3. Rota Romana
decis. 750. lib. 3. Rota Avenionensis decis. 95. in
fine, Cancerius 3. variarum cap. 2. tit. de invent.
a num. 183.* concludunt, & post hos latè *Con-
sil. Hodierna in comment. ad l. hac edictali
qu. 7.* ubi in contrarium sentientes numerat;
& ferè

7 & ferè omnia ad materiam colligit; de reliquo quoniàm & ipse & qui suæ sententiæ sunt in principia iuris impingunt, credentes filio instituto, & quod magis est instituto ultrà trientem, competere legitimam, quando querela non competit, & quando etiàm si foret institutus in minùs quàm in triente, solam conditionem ad supplementum habuisset; non est magnopere de eorum dictis curandùm, nam ipsi perpetuò in illo errore permanent, quòd credunt, legitimam portionem esse debitam filio iure naturæ, ut est creditori quod debetur, ideòque tanquàm æs alienum antè omnia deducere posse sicuti creditor institutus potest; nec observant quod esto quarta hæc filijs danda, reveta iure naturæ deberetur, & non potiùs iure Civili, idest dispositione legis *Glicia*, quæ non aliter quàm omnes ferè leges Civiles, tali quali naturali prætextu innixa, cōstituit, adhùc utcunq; debeatur, sub cōditione debetur si à patre non fuerit institutus, si ab hæreditate absque justa causa excludatur; etenim tùnc æquitas videbitur exposcere, ut filius bonorum paternorum quasi dominus vivente patre, posteà eo mortuo aliquam saltèm habeat portionem ex illis. Cum autem institutus filius fuit, huic provisioni, huic æquitati locus esse non potest: & proindè nèc debito legitimæ locū esse; nam quid deducat, aut quid præcapiat filius non habet. Sed de his nos alibi, cum de duarum quartarum deductione agemus; nunc illud solùm observandum restat,
8 quòd si vera forent quæ *Faber* ponderabat *num*.8. & verba huius *l*. *hac edictali* potiùs novercæ, & vitrico, quàm filio faverent. Sequeretur omninò illud, quod *Consiliarius Hoderna* effugere conatur ubi suprà *num*.41. scil. quod præcapiente filio legitimam, etiam noverca, & vitricus tantumdem posset præcapere. Neq; Resp̄ōsio, quod in hoc casu legitima non veniret in consideratione, tuta est; nàm venire quinimmò eam, Imp. volunt, qui expressè de ea loquuti sunt ibi, *ut quarta pars, quæ liberis debetur*, *&c*. & proindè sicuti si filio minùs legitima fuisset relictum, supplendum esset, ut ad æqualitatem cum cohærede noverca, aut vitrico redigeretur: ità cum plùs percepit oporteret, ut ad eamdem æqualitatem reduceretur; sanè hanc æqualitatē adeò apertè in præsenti attendunt Imperatores, & perpetuò inculcāt, ut ineptire videatur *Ciriacus lib*.3. *contr*. *cap*.527.*n*.52. dum exigit, ut ita statutum aliquod juberet, quasi non efficax, aut non satis aperta Imperialis Constitutio foret: meliùs, ergo & simplicius
9 dicemus non esse locum perceptioni legitimę in hoc casu, ut sentiere idem *Faber in Codice lib*.5.*tit*.*de secundis nuptijs defin*.6. & 9. *Teodorus alleg*. 11. & *Argel*. *de acquir*. *possess*. *quæst*.3. *art*.19. alijque.



CAPVT XVIII.

An doli exceptio, quod priùs erat stricti juris, judicium bonæ fidei faciat.

SVMMARIVM.

1 *Cuiacij assertio*.
2 *Prima adversus illam Fabri objectio*.
3 *Occurritur*.
4 *Secunda objectio qua dissolvitur*.
5 *Responsio Fabriana ad tex. in l. Seja* 4. *D. de mortis causa donat*.
6 *Replicatio pro Cujacio*.
7 *Destruitur penitùs Fabriana ratiocinatio*.
8 *Non bene Faber replicat Cujacianæ observationi*.
9 *Quid Repetentes, & Pragmatici*.
10 *Ratificatio excludit dolum*.
11 *Quomodo dolus probetur*.
12 *Quid de conjecturis, an hæ probent dolum*.
13 *Donatio causa mortis revocatur si donatarius prædecedat donanti*.

1 IAcobus Cujacius 3. *obser*. *cap*. 17. & 22. *cap*. 8. Græcum interpretem sequutus, scripsit exceptionem doli oppositam in eo judicio, quod erat stricti juris reddere illud bonæ fidei: quod cum plerisque displicuisset, nos defendere conati sumus in *Suspicionum Libris*, & nunc idipsum adversùs *Fabrum* faciemus.

2 Nàm primò quod ait *Faber* ità actiones confundi, & judiciorum jura, falsissimum est;
3 nàm ut aliàs adversum *Bachovium* diximus remanet apertissima, & elegans differentia intèr strictas, & bonæ fidei actiones; eo quod dolus in bonæ fidei contractibus vitiat ipso iure, in strictis verò, tùnc demùm cū opposita fuerit doli exceptio *l*. *cum quis* 36. *D*. *de verborum oblig*. & oppositio exceptionis & si tandem differentiam auferat, non tamen confusionem parit, nam ad hanc vitandam sufficit diversitatem à principio extitisse; hinc falli eos constat, qui sic ratiocinantur: ac si nulla opposita exceptione, strictum iudicium bonæ fidei redderetur, cum vel ex eo quod exceptione opposita reddatur, eluceat differentia intèr strictas, & bonæ fidei actiones,

4 Fallitur etiàm *Faber*, dum putat quod ex eo, quod strictum iudicium bonæ fidei redditur, potiùs Actori qui dolum admisit, quàm Reo

Reo favetur, sed fallitur, quoniam ratiocinatur ex eo quod solet bona fides operari in alijs casibus: non videns hic non idem esse, & non actori doloso; sed reo circumvento prospici.

5 At quia *Cuiaciana* sententia potissimùm innititur *Papiniani* verbis *in d.l.Seja 42.D.de mortis causa donat.* ideò *Faber* eludere illa *n.5* conatur dictitans clausulam, *bona fidei autem judicio constituto*, adversativè accipiendam, 6 non subiunctivè; & tamen contextus, & sensus communis reclamant. quis enim non videt in eadem specie *Papinianum* loqui, & de eodem contractu, an dicemus ab ipsomet donante stricti juris judicium moveri posse, & bonæ fidei, & *Papinianum* quid illo moto, dicendum esset, in principio tex., quid vero isto in fine eiusdem, Respondere? at hoc asserere ineptum, nam quicquid verbosissimè inculeat *Faber*, semper patebit quod fuit strictum judicium illud quod motum in *Papiniani* specie, posteaque effectum bonæ fidei opposita doli exceptione.

7 Remanet tandem ad destruendam penitus *Fabri* ratiocinationem monere, quod quamvis verum, quod antè *Justiniani* decisionem in *l.ult.C.de petitione hereditatis, & in §.actionum, instit.de act.* non absolutè negatum à Juris Consultis fuerit, petitionem hereditatis bonæ fidei esse; Verum quoque est ab eisdem non absolutè concessum; plerumque enim id admittebant, plerumque reijciebant, undè opus *Justinianea Constitutione* fuit ad hoc ne in posterùm dubitatio superesset; Nam aliàs undè dubitatio, & quò decisio, si iam constasset bonæ fidei eam esse? non ergò constabat; sed hinc indè in dubio erat. hoc vero cum ita sit, dum *Papinianus* in hac *l. Seja*, veluti de re certa, non de re dubia loquatur, manifestum est, eum nequaquàm de petitione hæreditatis loqui in qua erat dubium, quod non nisi inepte pro certò assumeretur, sed de aliquo alio judicio quod bonæ fidei esse exploratum foret. sanè si dixeris nos non habere, unde desumamus *Papinianum*, inter illos fuisse, qui negabant petitionem hæreditatis bonæ fidei esse: Respondeo, nec *Fabrum* habere, unde desumat inter affirmantes *Papinianum* fuisse, ideoque nemo nostrum in hac re rectè argumentari, quamquàm, quod de petitione hæreditatis hic *Faber* ponderat cum ab *Accursio* prius traditum fuerit, ideoque à *Cuiacio*, & rectè sublatum: non aliud addendū est, nam rogo hæc petitio hæreditatis cuius nàm hæreditatis erit? *Seja*, quæ cuncta bona sua donaverat, vivens supponitur, ipsius ergo petitio hæreditatis non est; dices est hæreditatis Lucij Titij donatarij. Lucius Titius ergò non alia bona reliquit quam miseras has spes rerum donatarum, & undè hoc habes, mi *Faber*, somnias, an supplendo fingis?

8 Rursùs neque ad illud quod *Cuiacius*, & rectè observavit, nempè quod significantissimè verbo *Constituto* non vero verbo *instituto* usus fuit *Papinianus*; nàm non à principio in proposita specie iudicium institutum ex æquo, & bono fuerat; sed ex post facto tale constitutum est ob oppositam doli exceptionem, mi *Faber* appositè replicas, judicium bonæ fidei constitui cum instituitur, accedente ad voluntatem actoris authoritate juris; nàm ex hac replicatione fieret, ut nunquàm differentia intèr instituere judicium, & constituere reperiretur.

9 At ad materiā hujus coniecturæ de opposita exceptione doli, fatentur Nostri unanimitèr perpetuò dolum posse puniri juxta *l. si pactum C. de exceptione, & præscriptione*, sivè illud in contractibus bonæ fidei, sivè in contractibus stricti juris intervenerit, distinguendum tamen volunt in eo bonæ fidei à strictis contractibus, quod in illis ipso jure dolus dans causam irritat, in his secus, ita post *Jasonem in §.actionum n.28. inst.de act. Bart.in l. 5. C.de legibus, & in l.4. C.de pign. M.Mantuam singul.316.* scripsit *Rebuffus in const.Regni ad tit.de successione contractuum.* Cum tamen in spiritualibus non importare dolum nullitatem ipso iure contractus cautum fuerit in *cap.dudum 20.ex.de convers.coniug.*

10 Et quanquam excipienti de dolo adversùs sententiam succurrendum voluit *Rota Januensis dec.2. nu.38.* attamen sequutam ratificationē excludere quamcunque doli exceptionem clamant ijdem *Pragmatici* cum eadē *Rota decis.19.n.9. & Afflicto dec.220.num.7.*

11 Illud tamen apud eosdem in difficili est quomodò scil. dolus probetur; nàm cum fateantur dolum consistere in animi qualitate ex *l.dolus 10.C.de rescind.vend.* exigunt postea, non dumtaxat, ut probetur ab allegante ob Regulam *cap.super 20. ex. de rescriptis, & l.10. C.de distract.pign.* Sed etiam ut evidētissimè probetur *Joseph Ludou.dec.Lucensi 3.nu. 58. Bellamera concl.111. & 715. Rota decis.1 tit.de donat.in novis. Vera dec.280.p.2.Gram. cons.8.& cons.21.n.4. Rebuffus ad Const. Regni tomo 2. tract.de rescissione contractuum art. 1. Glossa 9.* quasi quod possit animi qualitas evidentissimè probari; sed hoc tandèm animadversi per coniecturas probandam asseverant, & directè probari non posse fatentur; undè non ampliùs evidentissimas illas probationes exquirunt, quinimò eo deveniunt, ut conjecturas quasdam admodum leves admittant cum *Cravetta cons.100.& 298. nu.17. & cons.142.* & aliquando etiam præsumptiones cum *Guidone Papa singul.701.* quanquam magis communitèr non esse admittendas, nisi conjecturas perspicuas, & concludentes, post *Ozascbum decis.111. num.8. Boer. decis.101.*

Affli-

Afflictum decis.69. Rotam Januensem dec.168 num.11. receptum sit, videas ergò *Menochiũ de arbitr. lib.2. casu 116.n.21.cons.108.n.15. vol.2.cons.334.n.43.lib.4. Rog.in quæst.crimin. cap.8.* & Canonistas post *Abbatem cons.109. p.2.& Felinum cons.48.n.4.*

13 Denique illud quoque adnotandum quod ex hac *l.Seja D. de donationibus causa mortis Veteres, & Recentiores* existimant probari evidentissimè, quod mortis causa donatio revocetur, cum donatarius donanti præmoriatur, *Bart. Castrensis*, & similes in Comment. ad eandem, *l. seia Uvesembec. Paratitl. lib. 39. tit. 6. & in notis Bachovius, Duenas regula 218. & Menochius lib.6. præsump.50.n.8.& 9.*



CAPUT XIX.

De replicationibus doli.

SUMMARIUM.

1 *Superius adducta sententia comprobatur ex Antonini Rescripto.*
2 *Quid Faber Respondeat.*
3 *Refellitur.*
4 *Quid Repetentes.*
5 *Quid Pragmatici.*

1 SEntentia Græci Interpretis, & *Cuiacij*, de qua suprà, probatur non solũ apertis *Papiniani* verbis *in d.l.Seja 42. de donat.* quę frustrà effugere conatur *Faber*, nescio quam hæreditaris petitionem sibi comminiscens, & *Justiniano in §. fueras instit.de act.* sed etiam Rescripto *Antonini in l.3. C. de exceptione*, in quo disertis verbis scriptum est; *nàm repli-*
2 *catio doli opposita bonæ fidei judicium facit*; At ut hoc quoque effugiat *Faber*, contendit in ipso de replicatione agi, & longè aliam replicationis, quàm exceptionis rationem esse habendam; sed sicut verum quod de replicatione Imperator loquatur, ita verum nullam in hac materia assignari posse rationem, cur replicario faciat judicium bonæ fidei, excep-
3 tio non itèm? & quam affert hic *Faber*, quod replicatio restiruat judicium, quod à principio bonæ fidei, subversum fuerat ab exceptione; non undequaque satisfacit, eo quod admissa oporteret, ut perpetuò verum esset, quod replicatio non opponatur, nisi in bonæ fidei iudicijs, quę ab exceptione subversa sint, quando non ità esse ex eo constat quod replicatio quandoque etiam adversus exceptionem oppositain in strictis judicijs locum habet, proindè cum ità evenit, petam à *Fabro* an tunc replicatio doli reddat judiciũ strictum bonæ fidei? & si concedet; falsa ergò tota ipsius ratiocinatio, quod ideo reddat quia in bona fidei judicijs replicatio proposita; si negabit adversabitur ex diametro *Antonino*, qui generalitèr, & indefinitè in *d.l.3.* apposuit hanc propositionem; *nàm replicatio doli opposita bonæ fidei judicium facit*. In cuius verbis, & illud inspiciendum quod *facit* dixit non *restituit* quomodò ut *Fabrianũ* efficeret sensum dicere debuisset.

4 Ad hæc *Veteres Repetentes* post *Bartolum in l.cum mulier 49. D. soluto matrim.* adijciunt, quod doli exceptio, opposita replicatione doli, eliditur, & rollitur, ideoque cum eodẽ *Bartolo, Baldo, & Saliceto ad l.3. C.de exception.* cautum dicunt, ut exceptio quæsita per pactum dolo adhibitũ, per replicationem doli elidatur, undè passim apud Nostros *Brocardicum*, quod dolus cnm dolo compensetur ex *Gl.in l.cum 197. D.de reg.iuris, & Bartolo in Autentica qui res, C.de sacros. Eccles.*

5 *Pragmatici* verò cum de dolo, aut fraude tractant, & si multiplicitèr committi dicant cum *Maranta in suo speculo disp.9.num.17.& Corsetto in sing. lit.V. ver.præsumptio*; in re autem minima committi negant, cum *Mantua sing.117.* quod rectè explicat *Menochius de arbitr.lib.2.casu.72.n.10.* Ulterius quærere solent an in actibus, quæ à morituris fiunt, fraus, aut dolus præsumatur, & quomodò? & pluribus adhibitis distinctionibus rem decidendam volunt post *Menochium cons. 226. lib.3. num.70. Manticam de coniect. ult. volun. lib.10. tit.4.*



CAPUT XX.

Cur testamentum non valcat sine hæredis institutione.

SUMMARIUM.

1 *Respondetur interrogationi.*
2 *Quid Faber.*
3 *Quæ affert, ab alijs allata.*
4 *Sed non satisfaciunt, & quare? prima ratio.*
5 *Ratio secunda.*
6 *Tertia ratio.*
7 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
8 *Revocatur in dubiũ asserto illa, quod hæreditas esse possit sine bonis.*
9 *Item illa quod in testamento ad pias causas non opus institutione hæredis.*
10 *De testamento nulliter facto quo ad institutionem, sed ritè rectève quo ad fideicommissum, vel maioratum.*

1 Cur

1 CUR non valeat testamentum sine hæredis institutione si quæras, non aliud Responderi potest, nisi quia ipsa hæredis institutio testamentum constituit, facitque, ut illud tale sit, scilicet aliquod aliud, & diversum, à cæteris ultimis dispositionibus, ut sunt Codicilli, causa mortis donationes, & fideicommissa ab intestato relicta. Siquidem in his, & si eadem testatoris possit esse voluntas transferendi in alium post mortem suam, universas res, fortunasque quas habet; quia tñ non continent hæredis institutionem testamenta non sunt, sed donationes, Codicilli, & fideicommissa. non plus ergò ad rem quis quæsierit, cur testamentum non possit esse fine hæredis institutione? quam si quæsisset, cur homo non possit esse fine rationalitate? aut quid simile, & profectò hoc erat adeo exploratum Antiquis, ut ideo voluerint (*Iustiniano* teste *in §. ante instit. de legatis*) legari ante hæredis institutionem non posse, & movebantur quod cum ante hæredis institutionem testamentum non incipiat, nàm institutio testamentum facit; qui antè legabat extrà testamentum legare videbatur, vt *Theophilus* declarat, itaque si interroges cur testamentum non valeat sine hæredis institutione; Respondeo quia institutio testamentũ constituit. Si pergas interrogare, qua de causa constituat, Respondeo ita legislatori visum est, qui voluit (hanc facultatem morienti præbẽdo, ut posset aliũ qui se post mortem repræsentaret eligere) ut quis ea utens testaretur.

2 At *Faber* in proposita quæstione sic ratiocinatur; Quoniam fieri non poterat, ut qui dominus non esset, dominium transferret necesse fuit *lege duodecim tabularum* id induci: at quia sola legis potestas sufficere non potuit: id enim quod testator legabat, non poterat ab eo in legatarium transferri, amisso iàm per mortem dominio, neque ab alio non domino poterat id præstari; nàm perperuò vera Regula *a non domino in non dominum dominium transferri non posse*, Induci personam quãdam opus fuit, quæ hoc dominium transferret; sed cum hæc, persona defuncti esse non poterat; is enim qui mortuus, nullus est. hinc inducta hæredis institutio, ut scil. heres repræsentaret testatoris viventis personam, dominiumque illud quod habuerat testator, cum vivebat, retineret, illudque eo demùm mortuo in legatarium transferret, idque fictione admissa, ex qua hæreditas, & institutio hæredis originem sumpsit. hæc; & similia *Faber*, quæ tamen longè ante ipsum præsertim à *Cuiacio lib. 5. quæst. Papiniani in l. hæreditas 90. D. de pet. hered. Duareno in Com. de acq. hered. c. 1. Donello 6 Comment. c. 2.* alijsq; 3 adductis, & rectè expensis à *D. Melch. de Valentia tra. illustr. lib. 3. tra. 1. c. 1.* fuerant allata.

4 Sed hæc, & si vera sint, non tamen undequaque satisfaciunt, & ad propositam quæstionem categoricè Respondent, nàm & si probẽt necessariam legis potestatem, ad hoc, ut quis decedens de rebus suis posset disponere, ideoque necessariam quoniam dispositio conferebatur ad tempus invalidum, scilicet ad illud, in quo dominium rerum suarum disponens amiserat, undè obstabat Regula tex. in *l. Stichus 39. D. de manum. testamen.* & recepta traditio quod *idem sit aliquid fieri tẽpore inutili, quàm conferri ad tempus inutile l. quod sponsę D. de donat.*; Attamèn supposito quod lex voluerit concedere homini morięti disponendi facultatem, non obstante quod dispositio ad tempus prohibitum conferretur, non opus erat personam introducere, quæ dominium à testatore susciperet, & in legatarium transferret: tum quia poterat hoc dominiũrecta via pervenire in omnibus legatis, à testatore in legatariũ, uti in legato vindicationis pervenisse dignoscimus ex *l. à Titio D. de furtis* tũ etiam quia eveniebat, ut Regula *quod à non domino in non dominum non transfertur dominium* sicuti obstabat legatarijs, ita obstatura erat hæredi in quẽ non dominum à defuncto jam non domino rerum hæreditariarum dominiũ transferri opus erat; hinc sicuti fuit reiecta regula in heredis persona, ita & reiei in persona legatarij poterat; nisi dicere velimus in hæredem non transferri dominium rerum hæreditariarum, sed solum dispensatio, quod falsum est; aut quod rerum universalium dominium poterat à defuncto in hæredem transferri, non autẽ particularium in legatarios, falsum quod quoq; nam, & in hæredem, etiam rerum singularium transfertur dominium, & notum est, quod ita legatum rei legatæ dominium facit legatarij, ut hæreditas hæredis res singulas *l. legatum 80. D. de leg. 2.*

5 Secundò, dato quod hæc persona induci debuisset, quæ dominium retineret, non opus fuerat, ut Titius, aut Sempronius institui permitteretur, sed qui proximior in familia, erat, & si non institutus, poterat id exequi, & sola legis potestate fieri, ut statim susciperet à testatore dominium, illudque postea in legatariũ transferret, aut poterat hæreditas ipsa repræsentare defunctum, dominiumque rerum omnium retinere, atque esse eam, & si fictam, & iuris intellectu inductam, & à rebus abstractam, & non sensibus sed mente perceptam, personam illam quæ dominium à moriente susciperet, & in alium transferret.

6 Tertiò, etiam quod esset vera, & tuta *Fabri* ratiocinatio, illa tamèn non aliud evinceret, quàm quod legari, nisi ab hærede instituto non possit; nam secundum Iutis Civilis re-

Regulas, hæres est qui dominium à testatore suscipiens, illud in legatarium transfert: at non ex hoc sequetur ideò necessariam in testamentis hæredis institutionē esse; nam si fingas decedentem Titium testamentum condidisse, instituisseque sibi hæredem Sempronium, nulla tamen legata dedisse in hoc testamento, supervacanea institutio erit ex *Fabri* ratiocinatione, quia nullum dominium in alium transferri opus est.

Cæterū quia verissimū est filios parentibus non tam fieri quam apparere hæredes, ut aliàs ex *Theophilo, & Symmaco* diximus, & advertit hic *Faber num.* 17. *& de err. prag. decade* 3. *err.* 1. *num.* 3. à quo novissimè *Vincentius Brilla* in suo doctissimo *Nomothecio Parthenopæo sive juris Neap. prompt. cap.* 1 *num.* 3. ideoq; *D. Macharius homil.* 3. elegantissimè dixit *in primis Patrum scopus omneque studium in eo versatur, ut generent liberos, & hæredes habeant*, cui concinit *Cassiodorus maria ipsa sævis tempestatibus excitata genitoris cura non refugit, ut peregrinis mercibus acquirat, quod propriè soboli relinquat*, & gravissimè *Papin.* noster scribēs *filijs parentum hæreditatē deberi propter votum parentum, & naturalem erga filios charitatem l. nam & jis D. de inoff. l. scripto* 7. *D. unde lib.* ex hoc nemo non videt quæ dicta de hærede sunt ad filios non pertinere. Sed hæc dixisse adversus *Fabrum* sufficiat, nā si quis alia volet de testamentis, & de legatis, adeat *Donell. lib.* 6. *Comment. cap.* 1. *Cuiacium* 5. *quæst. Papiniani in l. hæreditas* 50. *de petit. hæred.* & præ omnibus *D. Melchiorem de Valentia lib.* 3. *trac.* 1. *ad tit. de acquir. hæred. cap.* 1

7 De reliquo vix aliud apud *Repetētes, Pragmaticos* quę magis tritum, vulgatumq; invenies, quàm testamentum non valere sine hæredis institutione, hancque illum constituere, ut constat, vel ex uno *Rubei* loco in *tract. de testam. cap.* 50. & introductam à lege Civili institutionem ex necessitate, quæ & extorsit fictionem hæreditatis, ut post *Bartolum, Jasonem*, & cæteros in rubr. *de testam.* & post *instit.* Interpretes in §. *antè instit. de legatis, Vaconius* 3. *decl. c.* 84. *n.* 2. *Baldus conf.* 10. *col. ult. lib.* 2. *Decius conf.* 509. *n.* 1. *Menoch. conf.* 105. *n.* 60. *& cōf.* 822. *n.* 23. & similes, explicāt.

8 Duo tamēn præ alijs in hac materia animadversione sunt digna. Primum, quod & si apud omnes constet, ad fictionem hæreditatis inducendam, hæredemque instituendum non requiri, quod bona supèrexistant; nàm potest hæreditas plus damni, quā commodi continere, & tamēn verè, & propriè hæreditas est *l. si hæreditatem* 32. *D. mand.* & similibus, attamēn nō solū in Juris libris traditum est, nullam esse hæreditatem eius, qui bona in Civitate habere non possit *l. lex Cornelia* 28. *D. de vulgari*, quod tamēn dicere possumus evenire, ex eo, quod & si non exigatur existentia bonorum, exigitur tamēn potentia habendi, ut *Neoterici* cum *Cuiacio ad l. nihil aliud* 24. *D. de verborum significatione & Petro Fabro ad l. hæred.* 62. *D. de reg. juris*, Item *Pragmatici* cum *Surdo conf.* 470. *par.* 1. *& Castillo contr.* 1. *cap.* 17. ratiocinatur; sed etiam *à Repetentibus* passim scriptū est, quod si quis habeat bona; sed prohibeat à se institutum, expressè ne illa capiat, neve illis utatur, nullum testamētum facit nulliterq; instituet hæredem, ut (quāquam aliter alijs visum apud *Rubeum loco citato num.* 8.) probat *Bartolus in l. quoties §. si duo D. de hæred. inst. & Adam Kellerus in tract. de iure succed. ab intest. tit.* 2. *n.* 33 atque ita ad validè testandum opus sit, ut bona relinquantur, & ut institutio hęredis sit cum bonorum commodo, aliter non valeat.

9 Secundum animadversione dignum est, quod vulgò iactatur in testamento ad pias causas, non opus esse hæredis institutione, ideòque validum testamentum sine illa, nam id ex *Repetentibus* Civilistis, & Canonistis, *Bartolo, Baldo, Intrigliolo, Paulo de Castro, Barbato, Abbate*, & similibus, ex *Pragmaticis Tiraquello, Menochio, Velasquo, Mendez, Castro, Rota Romana, Peregrino, Gaspare Tesauro, Sebast. Medices*; ex *Theologis Molina, Lugo, Lessio, Joanne Angelo Bossio, Alphonso de Leone*, & sequacibus tanquam certum, & indubitabile proponit *Rubeus* suprà citatus *de testam. cap.* 50. *à nu.* 10. cum tamēn huiusmodi propositio indistinctè, & inexplicata vera non sit, proindè ad iuris regulas dirigenda, & declaranda; siquidem dum quæritur, an valeat testamentum sine hæredis institutione, & an tale sit; non quæritur, an dispositio defuncti fuerit valida, adeò, ut illa facta, validè in usus piòs bona sua dispensaverit; hoc enim affirmandum esse nemo inficiari poterit, ideoque disposita sunt exequenda; sed quæritur, an huiusmodi dispositio, quia institutionem non continet possit testamentū appellari, & sit verè testamentum, an-verò potiùs alia quædam dispositio; & an is qui ità disposuit, transferat nō solum, ut dictum est in piam causam bona sua, sed iure testamenti, quia verè testatus est, & non potius iure fideicommissi, iure Codicillorum, iure donationis causa mortis, aut similis dispositionis, & planè ad hanc quæstionem Respondendum esse videtur, quod cum non testetur qui hæredem non instituit, argumento *l. non Codicillum C. de testamentis* non poterit dici eum qui non instituit hæredem testatum fuisse; quanquàm verum sit disposuisse. undè dispositio ab eo sine institutione facta testamentum nō est, id quod eędem rationes ab ipsimet DD. adductæ, & à *Rubeo* relatæ concludunt; nàm quòd hæredis

institutio sit sollemnitas à Jure Civili introducta, nàm de jure gentium non requisita: esto fateamur, sequetur ex hoc, quod testamentum jure Civili inspecto sine illa cõsistere nequeat, licèt tãquam ultima quædam voluntas consistat inspecto jure gentium, & uti talis valitura sit, id quod & si sufficiat ut dicamus rectè disposuisse defunctum in piæ causæ favorem, non tamèn sufficit ut dicamus testatum eum esse. Ex his dignoscitur perpetuum *Rubei*, aliorumque æquivocum in eo esse, quod dispositionem ultimam, cum testamento confundant, non advertentes esse quidèm testamentum ultimam dispositionem: at non omnem ultimam dispositionem testamentum esse.

10 Quid autem dicendum, si testamentum quoad institutionem, aliaque imperfectum sit: at quoad fideicommissum, vel majoratum in eo institutum, perfectam, sanamque continens dispositionem, an, saltèm quo ad majoratum, vel fideicommissum sit validũ omissis alijs? & validũ esse defendit Illustr. noster *Crespi a Valdura in obser. sua quinquag.* in qua tamen præcipuè adnotandum, quod ita conclusum decisumq; referat in specie, in qua fideicommissum in scriptura privata factum, de defectu voluntatis arguebatur; cum alibi idem Author perfectam esse voluntatem ad testamenti validitatem exquirat, & imperfectionem illius maximè nocere velit in *obser.* 52. sed revera faciliùs fideicommissum ex hujusmodi imperfectis dispositionibus, quàm hæreditatis delatio admittitur.

Finis Libri Decimiquarti.



D.HIE-

D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS LIBER DECIMVSQVINTVS.



CAPVT I.

De judicijs Bonæ fidei, ſtrictis, & arbitrarijs.

SVMMARIVM.

1 *Vocabulum actionis in latiſſima ſignificatione ſumptum omnes complectitur actiones, & perſecutiones.*
2 *At non ita in ſtricta ſignificatione.*
3 *J. Conſulti utraque ſignificatione uſi.*
4 *Falſa Fabri aſſertio.*
5 *De intellectu l. qui reſtituere.*
6 *Fabriana oppoſitio rejecta à Bachovio.*
7 *Defenditur recepta lectio in l. qui reſtituere.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Quid Pragmatici, & de eorum diſtinctione.*
10 *Qui pro ſe rem judicatam habet, quando poſſit propria authoritate capere.*
11 *Condemnatis ad ſolvendum danda tamen aliqua dilatio.*

1 Actionis verbo contineri non ſolùm in rem, vel in perſonam actiones; ſed perſecutiones, interdicta, præiudicia, ſtipulationes prætorias, damni infecti, & ſimiles ex *l. actionis 36. D. de oblig. & act. & l. 1. D. de ſtatu hominum* docemur; Complecti etiàm eodem verbo accuſationes probat *l. 1. C. quando Civilis actio crimin. præjudicet*; cum ex adverſo actionem non ſignificare, niſi tantum in per-
2 ſonam actionem, probetur ex *l. actio 18. D. de action. & oblig. l. pecunia 178. D. de verborum ſignificat. l. 1. D. ad Maced. l. 2. D. ad Velleianum*, & ſimilibus iuribus.

3 Ergò ſi quis aut priorem latiſſimam, aut poſteriorem anguſtiſſimam ſignificationem ſequatur, eamq; vnicè veram, & propriam eſſe contendat, is proculdubio aberrabit; Cęterū quamvis nùnc in una, nùnc in alia ſignificatione Juris Conſulti nomen actionis uſurpēt, verè tamèn, & propriè illud complectitur actionem in rem, itemque in perſonam, & perſecutiones *l. actionum genera 25. D. de act. & oblig. l. ſed hæ 35. §. 2. l. non ſolum 39. D. de procurat.*

4 Quæ, cum ità ſint oſtendunt nō rectè ſcripſiſſe *Fabrum* in præſenti perſonales dumtaxàt actiones propriè, & partitè loquentibus actio-

actiones dici posse; nam hoc est scrupulosè nimis actionis vocabulum coangustare, quando etiam intrà terminos proprietatis, latius est. hinc Primò, minus verum actiones eas dumtaxàt esse, quæ ex obligationibus nascuntur, ut sunt personales; siquidem vocabulum, ut dictum est, & reales etiam complectitur. Secundò falsum in actionibus tantum personalibus reum condemnari; nàm & in realibus quoque condemnari illum (si quod res est, potiùs quàm scrupulosas ambages attendere velimus,) non obscurè dignoscitur: & togo nonnè elusoria esset Iudicis sententia, si pronunciasset, rem quidem actoris esse, at ad restitutionem rei sive eius possessionis detentorem Reum non condemnaret? Sanè is, qui agit, quia rem sibi restitui desiderat, ideò suam esse probat, satagitque multò magis, ut ei restituatur, quàm ut suam esse declaretur. Adde, quod, ut optimè advertit *Bachovius in Corollario ad secundam partem disp. 7. de actionibus*, ubi partite adversùs hoc Caput disputat, ut quis condemnari possit, non necessè est, ut dicatur reum in specie esse obligatum, eo sensu, quo ex obligatione actio in personam nasci dicitur, sed sufficit Eum teneri ad aliquid præstandum; hinc quia reus conventus actione in rem, probato iure actoris, tenetur rem restituere; ideo rectè dicetur condemnari.

5 Rursùs observandum est in *l. qui restituere 68. D. de rei vindicat.* de qua infrà, ideò scriptum, *qui restituere jussus*, ut intelligeremus in actionibus realibus id potissimùm agi, ut jubeatur reum restituere statim, cum constat de bono iure actoris sive quod idem est ad restitutionem rei peritæ condemnetur; neque verum quod comminiscitur *Faber* condemnari reum ad fructus, & accessiones, res tamèn manu militari, auferri, & restitui *d. l. qui restituere 68.* siquidem, ad rem quoque restituendam condemnari reum, satis indicant verba suprà ponderata *restituere jussus*, undè quod de *manu militari* scribitur, id locum habere extrà ordinem, & cum tandèm condènatus reus non parit sententiæ latæ, nèc cum possit, restituit.

6 Quod verò opponit *Faber* etiam in eo differentiam esse, quod his qui personali actione sunt condemnati, dilatio datur à lege, & à Iudice legem exequente intrà quam satisfaciant judicato, his verò, qui rem restituere sunt iussi non datur, nisi ex magna causa, adeòque præstita satisdatione §. *& si instum institutionibus de off. ind.* ab eodem *Bachovio* & rectè explosum est: Siquidèm dilatio, quæ hodie trimestris est ex *Iustiniani* Constitutione *in l. 1. C. de usuris rei iudicatæ* non pendet ex qualitate actionis; sed ex qualitate rei, quæ est in condemnatione; ideòque si quis ad speciem, quam penes se habet, fit cōdemnatus, quamvis personali actione fuerit conventus, eam protinùs, & sine ulla mora debet restituere; è contra si ad æstimationem petitæ rei, actione in rem condemnatos fuerit; quia condemnatio in pecunia est, quæ tàm cirò expediri non potest, dilationem consequetur; ut ubi suprà latius *Bachovius* disserit.

7 Restat nunc ut admoneamus in præsenti pessimè eumdem *Fabrum* sub *num. 19.* vexare lectionem citatæ *l. qui restituere 68. D. de rei vindicatione*, & adiecta negatione legere *ex quibus arbitratu Iudicis, quid non restituitur*; nàm omissoquod contrà fidem omnium Codicum id facit, *Vlpiani* elegātiā, & perspicuitatem corrumpit prorsùs, & obtenebrat; nam aliquis ex hac loquēdi formula *arbitratu Iudicis non restituit* posset intelligere, eum, qui & si condemnatus rem restituere detractat, id arbitratu, idest iussu iudicis facere. Adde quod, & ferè inepta locutio est, dū qui restituit, arbitratu Iudicis restituit: at qui nō restituit, contumacia sua non restituit, non Iudicis arbitratu. stet ergò inconcussa recepta lectio, stetque inconcussa communis Interpretatio, quæ habet *arbitratu Iudicis quid restituitur*, idest restitui debet, sive quod restituendum erit.

8 Sed actiones, sicut & judicia, distinguī in reales, & personales, itemque in bonæ fidei, stricti juris, & arbitrarias, *Repetentes* omnes præsertim *Iason in §. actionum, & in §. præterea instit. de act. & Pragmatici* inter quos *Robertus Maranta in speculo par. 4. tit. an sit iudicium, &c. dist. 3. & Menoch. de arbitr. lib. 1. q. 3. & 4.* fatentur, ut cuique palàm est.

9 Hinc attendendum Nostri elamant, an sententia lata fuerit in actione reali, ut putà hypothecaria, an verò in actione personali: & siquidèm in reali exequendam volunt super re ipsa hypothecata; nam executio, quæ fieret in rebus non hypothecatis nulla foret *ex Afflicto dec. 2 18.* at si lata in actione personali, in eius executione servandum ordinē à Iuris Consulto institutum in *d. l. a Divo Pio §. in venditione D. de re iud.* communitèr receptum, concludit ex eodem *Afflicto decis. 358 Jafredo dec. 14. Riccio collect. 1556. par. 4.* noster *Galluppus in Praxi S.C. p. 3. c. 2.*

10 Qui autem pro se rem judicatam habent poterunt à Iudice (sine cuius licentia non licet *Guid. Pap singul. 153. & 333.* impetrare) ut eis propria authoritate, rem debitam auferre liceat, aut eius possessionem ingredi juxta tradita à *Cassadoro dec. 6. de causa poss. & propriat.* quod tamèn faciet absque violentia, ut idem monet. vide *Rotam Romanam decis. 863. sub tit. de rerum permut.*

11 Observandum denique, quod id ipsum fa-

fatentur Practici, qnod *Faber* hic, & debitori condemnato ad solvendum, dādum aliquam volūt dilationem humanitatis, & miserationis causa, etiàm si dixisset se paratum statim solvere, ut notat *Ludov. Rom. singul.* 465.

CAPVT II.

De act. arbitrarijs easque ex strictis fieri defenditur l. quod si 4. §. 1. D. de eo quod certo loco.

SVMMARIVM.

1 *Actiones arbitrariæ fiunt ex strictis actionibus.*
2 *Adversatur Faber.*
3 *Oppositio Fabri.*
4 *Respondetur.*
5 *Fabri obiectio altera.*
6 *Diluitur.*
7 *Replicatio pro Fabro.*
8 *Rejicitur.*
9 *Altera Fabri obiectio.*
10 *Differitur circa illam, & destruitur.*
11 *Quarta obiectio.*
12 *Responsio.*
13 *In actione arbitraria remanet aliquid prioris naturæ.*
14 *Defenditur textus in eo quod cautionem injungit.*
15 *Pragmaticorum post Repetentes sententia.*
16 *De æquitate, & iudicis arbitrio.*
17 *De loco adiecto.*
18 *Solutionem non suo loco factam Creditor recipere non tenetur.*
19 *Pretia rerum crescunt, vel minuuntur pro locorum varietate.*
20 *Fidejussor simpliciter acceptus non tenebitur ad interesse proveniens ex varietate loci.*

1 EXploratum est apud Interpretes *antiquos*, & *Neotericos*, quod hæ actiones, quas arbitrarias appellamus, natura sua, origine, & causa, stricti iuris sint; nam ostenditur ita esse apertissimè in illis, quibus aliquid certo loco promissum peti solet: finge me stipulatum abs te esse centum Capuæ dari, si velim destinato loco agere, stricto judicio, & actione ex stipulatu agam, at si non loco præfixo, sed alibi, puta Ephesi petam, actio quā proponam fiet arbitraria, ex eo quod stricta fuerat, & iudicium, quod alioquin strictum fuisset, arbitrarium evadit.
2 Huic tamèn assertioni adversatur *Faber* in præsenti, & probare conatur, actiones arbitrarias ex strictis fieri nequaquam posse, quasi quod in eodem statu, & cum ijsdem circumstantijs *Interpretes* eandem actionem modo strictam, modò arbitrariam dicerent, non mutatis, loco, tempore, & circumstantijs.
3 Ait ergò primò sub *num.* 4. errare Nostros
dum tradunt loci adiectionem efficere, ut eadem actio ex stipulatu, eadem condictio ex
mutuo, quæ modò strictæ fuerant, arbitrariæ
4 actiones evadant; Sed errat ipse, dum non
observat, non sic loqui Nostros, ut dicant per
simplicem loci adiectionem, actiones strictas fieri arbitrarias; non enim ignorabant,
quod vel lippis, & tōsoribus patet, & si adiectus locus fuerit, manere tamèn stipulationem, aut mutuum in sua propria natura
adeoque & actiones indè provenientes; sed
asseruère loci adiectionem mutare actiones,
supposito quod actor non præfixo loco egerit. in hoc enim casu mutatio evenit ex eo
quod in arbitrium iudicis ponitur id, quod
alias non veniret, si certus locus adiectus non
fuisset; undè actiones, quæ in loco adiecto intentatę suam conservassent naturam, ob illius
mutationē, aliā assumunt, quod certè nō eveniret si locus non fuisset adiectus, ut dictū est.
5 Hinc quod ait secundo *Faber*, si in alio,
quàm destinato loco agatur, quod actio erit
quidèm arbitraria; sed talis ab initio fuit, nec
6 ullo casu, aut tempore stricta, verum non
esse convincitur; quoniam, ut dictum est à
principio actio stricta fuit, & talis remansisset si loci adiectio servata; nisi velit diceret
7 *Faber* quod à principio conventum fuit, ut
alio loco, quam destinato ageretur, ad hoc ut
arbitraria foret actio, & tū si ita conventum
dicas erimus extra quæstionem; nam sublata
per hujusmodi pactū destinatione, nō agimus
de loci adiectione; quod si dicas non à principio conventum expresè, at quia iniquum
erat cogi stipulatorem non alio, quàm adiecto loco petere, ad quem promissor fortè
nunquàm accessurus, vel data opera, vel alijs
astrictus, ideò à principio datum arbitrium
alibi agendi, ideoque à principio hanc actio-
8 nem arbitrariam fuisse. Respondeo non rectam ratiocinationem esse, quandoquidē jura
præsumunt stipulatorem in eo loco, quo sibi
dari stipulatus est, sibique ad solutionem elegit, acturum fore, promissoremque promissis,
ut virum bonum decet, staturum; ideoq; attēdere in præfinienda actionis natura, quod
in præsenti est, cum stipulatio interponitur,
aut promissio fit; non quod evenire forsan
potest, aut forsan non eventurū est; hinc cū in
præsenti, negotium tale sit, quod strictā actionem pariat, hanc actionem iura nasci volunt,
quāvis evenire possit, ut hæc postea alia quādocunque evadat; ut quæ omnia, apertiora

fiant:

fiant:finge hunc ipsum actorē,de quo tractamus,destinato loco agere, petam quo iudicio hic acturus? planè vel ipse *Faber* eodem *n.*4. stricto iudicio, strictave actione, actutum respondet; non verum ergo ex eo,quod non debeat actor ad agendum in præfixo loco dumtaxàt coarctari, arbitratiam actionem à principio nasci.

9 Ait tertiò sub *num.*8. quod quemadmodū non potest fieri, ut una, eademque sit stipulatio, quæ loci certi adiectionem habeat, & non habeat, ità fieri nulla ratione queat, ut actio, quæ ex stipulatu competit, ad exigendam solutionem in loco destinato,sit illa ipsa, quæ contra eumdem debitorem, ut in alio loco solvat, exercetur.

10 Acuta sanè animadversio, cui si adijcias, quod in principio antecedentis capitis idem *Faber* scripsit, nepè actiones nonnisi ex obligationibus nasci, deduces in proposito, novum negotium, novumq; contractum, & novam obligationem inter hos contrahētes, de quibus agimus,intervenisse; quamvis nihil actum inter eos proponatur; alioquin quomodò verum nova actione, & non priori illa,acturum creditorem? nisi fortè dicere velimus jam à principio ex hoc negotio duas ortas actiones, alteram strictam, alteram arbitrariam, nempè unam, qua ad certum locum petatur, alterā, qua non ad certum, sed ubique; At si ita est stipulatio continebit respectu prioris, loci adiectionem, non continebit respectu posterioris, & una eademque stipulatio,loci certi adiectionem habebit, & non habebit; quod mox *Faber* veluti contradictorium impossibile esse affirmavit; ergò si nobis obstat hæc animadversio quod una stipulatio non possit duplicem parere actionē,multo fortius obstabit *Fabro* qui ex una eademq; stipulatione duplicem concedit,unam si adiecto loco agatur quæ stricta,alterā quæ ubique agatur,quæ arbitraria. Relictis itaq; his ambagibus, & rejecto quod asserit *nu.*13. de nativitate arbitrariæ actionis, tunc eū debitor in alio quam in destinato loco repertus fuerit, nam tunc deficit pristina actio his .n. obstat quod non possit, & si pristina actio deficiat, nasci secunda sine novo contractu;dicemus ex una stipularione unicā nasci actionem, & illius naturæ, verum hanc ipsam murato rerum statu posse aliam naturam assumere, atque ita bonę fidei evadere.

11 Ait quartò, sub *nu.seq.* quod qui ex stipulatu convenitur, si verè debeat, absolvi nunquàm potest, at qui ex arbitraria interdùm absolvendus est, quid enim si loco destinato oblata pecunia dicatur, vel deposita, vel facilè solvenda? *l.quod si Ephesi* 4. *D.de eo,quod certo loco.* Ergò qui arbitratia agit, ex stipulatu non agit.

12 Respondeo futilem esse hanc ratiocinationē; non enim eum, qui arbitraria agit,actione ex stipulato agere dicimus, sed actione arbitraria,quę originem à stipulatione sumpsit, & ex stipulatu fuit,licet nunc talis non sit quoniam si talis,stricta foret; proindè, & si *Vlpiani* verba *cum sit arbitraria* explicates cum *Fabro* addita clausula, *non ex stipulatu, licèt ex stipulatione primò obligatus is fuerit, qui nunc alio loco convenitur*, nil tamen concludes adversus ea, quæ diximus: quoniam fassi sumus, quod is qui convenitur, arbitraria actione, non stricta ex stipulatu conveniri,sed tantummodò contendimus ex stipulatu fuisse obligatum, ideòque hanc actionem,qua convenitur ex stricto contractu originem habuisse.

13 Constat tamēn hanc eamdem actionem arbitrariam retinere adhùc aliquid prioris naturæ, ut vel ex eo apparet, quod non prorsùs absolvitur reus, sed cautione exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, ut ait *Vlpianus* cuius aperta verba effugiens *Faber*, ut solet *Triboniani* esse causatur; Ita-

14 que videamus quibus coniecturis. prima est, quia familiare, *Triboniano* huiusmodi cautiones exigere; hæc prorsùs iniqua,si quando exigit justè,& Juris Consultorum more exegit,prorsùs non vera si Juris Consultorum munus proprium cavete. & quid dixisses mi *Faber*, si hic *cautela* non *cautione* scriptum esset? Secunda Coniectura, contraria sunt aliquem absolvere,& insimul condemnare ad cautionem præstādam;futilis certè. nam hæc non sunt contraria, dùm qui absolvitur, non absolutè absolvitur sed inspecto loco, qui nō destinatus. Tertia coniectura, quia si oblata pecunia est, ad cautionem adigeturreus,qui ampliùs non debet; falleris, mi *Faber*, aut *Vlpiani* verba non perpendisti. nunquam dixit *Vlpianus*,si oblata pecunia fuerit,idest nūquā supposuit constasse Iudici oblatam eam esse; sed dixit, *quid enim si sibi oblata pecunia actori dicatur*;dicatur quidem oblata, vel deposita, at dicatur dumtaxat non appareat, hinc rectè cautio desiderata, & injuncta. hæc ego adversùs *Fabrum*, qui plura, velit, adeat *Reinardum Bachovium*, in altera parte *disp.*7 *de act.thesi* 2.

15 Sed *Pragmatici* quoque non solùm *Interpretes*, stant cum suo *Menochio de arbitr. lib.* 1. *q.*3. adversùs *Fabrum*, & ex strictis actionibus arbitrarias actiones fieri contendentes enumerant illas cum eodem *Menochio qu.*5. earumque naturam explicant.

16 Et circà *l.quod Ephesi*, ex ea clamant,cum in arbitrarijs iudicijs; tùm in omnibus, iudicem antè oculos æquitatem habere oportere, regulatam tamèn, & ut subiecta materia expostulat *Ozaschus dec.*71.*num.*53. *& dec.*79. *num.*57.

num.57. *Ioseph Ludovicus dec. Lucensi.3.n.29.* & *dec.24.n.8.* & *Benintendes dec.31.* quorum dictis post *Bartolum, Baldum, Iasonem,* & similes addūt quod poterit judex in arbitrarijs, prout ei videbitur augere, vel diminuere cōdemnationem: at in hoc quomodò se gerat discet à *Duareno 2.disp. cap.8. Menochio qu. 13.quaest.15 quaest.25.* & *q.31.lib.1.Nevizano in Silva lib.5.num.68.Cavalcan.dec.25.n.15. Minsing.obser.97.cent.6.Gaillo lib.2.obser.23. n.26.* & *lib.1.obser.16.n.4.*

17 Sed circa loci adiectionem, de qua in hac lege, illud potissimum apud *prag.* certū, quod si praefinito loco agatur, si & à principio locus adiectus, arbitraria noo ideò erit actio, neq; crescet, aut minuetur cōdemnatio, ut eveniret, si non adiecto loco solutum, aut actum foret culpa debitoris; quoniam cum in loco non destinato agitur, oportet de interesse lucri cessantis, & damni emergentis tractari; in quo Iudicis arbitrium versabitur *Cavalc.p.2. dec.26. Rota Ianuensis decis. de Mercat. 30. num.3.* & *34.n.3.* & *78.n.12. Amatus decis. Marchia 142. Magon.dec.Florentina 103. Mlanens.dec.8.par.1.* sed audiendi quoque in hac re erunt, & Canonistae in cap. *venerabilis de exceptionibus,* & Morales Theologi, ubi de ioteresse tractant.

18 Adeo verò adiectio loci coosideranda est, ut cum solutio non suo loco fiat eam recipere invitus Creditor nō teneatur *DD.ad l.is, quo 10. D.de eo, quod certo loco, Surdus dec. 113.* & *Tesaurus dec.147.* Attamèn sunt casus, in quibus, & si quis oon suo loco solvat liberatur, cosq; coumerat *Stracca in tract.de adiecto in quaest. quando adiecto solvi possit n.19.et ampliat.9.n.37.* sunt etiam casus, in quibus pro loco adiecto, locus domicilij servasse satis est *Pekius de iure sistendi sol.24.c.3.*

19 Rursùs cum pro varietate locorum pretia rerum augeri, vel diminui soleant, & hoc quoque attendendum erit ex *Baldo,* & *DD. ad l. pretia rerum D.ad l.faleidiam. Ploto de in litē iurando n.182. Afflicto dec.316.n.5.* alijsque. Undè in libello locum solutioni praefinitum exprimendum Practici clamant post vulgares Interpretes cum *Rota* in antiquis *dec.26. Vvesembec.consi.14.n.82.volum.1.Suar.in Tesauro sent.in ver.libellus n.166. Medices de reg.iur.leg.1.n.60.*

20 Est quoque, & illud adootandum, quod plerique jactant ex *Bartolo, Baldo,* itemq; ex *Calero de process.execut.p.1.c.10.lib.1.nu.310.* quod fideiussor simpliciter acceptus, non tenebitur ad ioteresse illud, ad quod venit coodemnatus principalis ex causa adiecti loci in solutione. Caeterum quoad Constitutum nō impedire loci varietatem in confesso apud omnes est ex *Bartolo,* & *Repetentibus* ad hanc *l.qui Ephesi, ad l.ubi pactum D.de transact.* & passim.



CAPVT III.

De temporis adiectione, an inducat arbitrariam.

SVMMARIVM.

1 *Cuiacij sententia de temporis adiectione.*
2 *Impugnatur a Roberto, Donello, alijsque cum quibus Faber.*
3 *Defenditur.*
4 *Contrarij se confundunt.*
5 *Donelli, & Fabri obiectio.*
6 *Responsio ad eandem.*
7 *Fabri assertio.*
8 *Invertitur, nam adversus ipsum concludit.*
9 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
10 *Debitor conventus ante diem quando adigatur ad praestandam cautionem de solvendo sua die.*

1 INterpretum Princeps *Iacobus Cuiacius* sētijt *tract.3. ad Africanum ad l.8. D.de eo, quod certo loco* actionem arbitrariam fieri non ex loci dumtaxat, sed etiàm ex tēporis adiectiooe; verum haec sententia plerisque displicuit, qui sectari communem voluère post *Gl. Iasonem,* aliosque huius farinę Authores in 2 *d.l.quod Ephesi;* nominarim etiam fuit impugnata à *Ioanne Roberto 2. animad. cap. 5.* quem *Mercator* refellit *2.notatorum cap.5.* & *ab Hugone Donello in comment.ad l.4.D.de eo, quod certò loco,* & huius dicta transcribit in praesenti *Faber.*

3 At si quis pēsitare omnia velit, inveniet viri doctissimi *Iacobi Cuiacij* sententiam non improbabilem esse: facit nanque pro ipsa animadversio, quod in jure nostro de temporis utilitate rario habetur, & adeo, ut si quis ante praefixum tempus petat, plus petere intelligatur *§.si quis agens instit.de act. Paulus 1. sentent. tit.de plus petendo,* & *secundo sentēt.tit. 2.de pignoribus ubi Cuiacius qui* & *lib.7.obser. c.27.* ex hoc .n. illud omninò sequitur, ut vice versa is, qui post diem praefixam solvit, minùs solverit, nàm non parùm Creditoris interest adiecto tempore suum à debitore recipere, ergò cum detur actio arbitraria tum quando rei interest, tùm quando actoris, ut *Vlpianus* docet in *l.3.D.de eo quod certo loco,* quis negabit temporis adiectionem. quia interesse contrahentibus affert, afferre quoque arbitrium iudicanti?

4 Accedit quod tàm perspicuis verbis *Vlpianus*

nus pronunciat in citata *l. quod Ephesi*, tempus utilitatem afferre, ideòq; arbitrariã nasci actionẽ, ut quomodò effugiant hi, qui sententiam contrariam sectantur non inveniãt, sanè *Accursius* in illis verbis, *vel utilitatem temporis* explicat, *vel* id est *etiam*, omninò adversùs literam ut fatentur *Bartolus*, & *Castrensis*: qui nec meliora adducentes, post eãdem glossam *utilitatem temporis* exponũt utilitatem *ex mora*: quando ibi agitur de actione ex stipulatu, quæ stricta est. *Donellus* verò & eum sequutus *Trentlerus* explicant quidẽ, ut debent, de utilitate temporis illius, quod ad solvendum constitutum est, sed eorũ explicatio, quæ vera, probat non ipsorum *Donelli*, & *Trentleri*, sed *Cuiacij* sententiam, qui ex hac utilitate temporis, arbitrariam fieri actionem deducit. *Bachovius* demùm qui in hac re *Fabro* assentitur *in notis ad Trentlerum volum. 1. disp. 23. Thesi 6.* animadvertens *Donelli* expositionem facere pro *Cuiacio*, scribit *hanc rem, & opinionem ità omninò explicandã esse existimo, ut videlicèt locus quidem, sed non tempus stipulationi fuerit adiectus, & quod reus in mora fuerit, & destinato tempore in locum non venerit; licet enim postea ibi compareat, & in eodẽ actor experiatur, tamèn quia actor alibi agere potuit, & ità ipsi semel ius obtinendæ utilitatis temporis quæsitum fuit, non potest, nec debet hoc ipsi adimi etiam si postea in loco adiecto experiatur.*

Sed in his, vir acutissimus; quid sibi velit, planè non ostendit; nàm primò vult tẽpus nõ adiectum, sed locum dumtaxàt appositum in stipulatione; Deindè ait, *& destinato tempore in locum non venerit*, atque ità sibimetipsi cõtradicit; quod si destinatum tempus appellaverit illud quod quamvis non adiectum stipulationi, necessarium tamèn erat, ut ad locum præfixum perveniretur, tunc pro *Cuiacio* urgeam, & dicam; si ex hoc tempore æstimatur utilitas actoris, quantò magis æstimanda ex illo tempore erit, quod partiũ consensu adiectum est, ut magis, ac magis reus obstringeretur.

5 Sed dicit *Donellus*, ex quo *Faber*, ideò diversam esse loci à temporis destinationem; quia tempus in tempore continetur, nõ itèm locus in loco. hinc qui solvit Romæ, cum debeat Capuæ, non solvit loco quo debet: at qui solvit kalendis Martij, quod tamẽ debebat Kalendis Ianuarij solvit tempore quo debet, nàm multò magis debet Kalen. Martij quam Kalendis Ianuarij debuerat.

6 Respondeo fallacem esse huiusmodi ratiocinationem, siquidem qui solvit Kalendis Martij, cum Ianuarij solvere debuisset, solvet quidèm quod debet, at non tempore quo debuit: nàm quamvis præfixum tempus in hoc longiori tempore contineatur, attamèn non etiam quod plus erat in illo præfixo tempore, scilicet in magis sollicita solutione continetur: hinc cum transgreditur præfixum tẽpus reus & plus eo, quod sibi concessum erat, usurpat, plus debet, & hoc plus non solvens minus solvit, at quia quantum istud plus sit incertum est, hoc judex arbitrabitur, arbitrãdo, quid importet quod debitor multò magis Kalendis Martij debeat. Et quamquam tempus adijci soleat pro reis *l. eum, qui 41. §. quotiès l. quod 50. D. de verbor. obl. l. cum tempus 17. de reg. iur.* & hinc antè diem petere non potuisset Creditor, non ideo sequitur, ut nec die constituta petere neq; ea die debitor solvere teneatur, nam alioquin elusoria protsùs stipulatio evadet, & conventio.

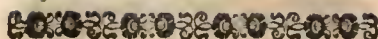
7 Tandèm audiamus quid *Faber* sub *num. 9.* ad *Vlpianum in l. Ephesi* respondeat. Concedit utilitatem temporis æstimandam, petendamque ab Auctore; sed ait peti actione ex

8 stipulatu, non actione arbitraria; hoc ego cõcedam, & interrogabo *Fabrum*, quando petit utilitatem Auctor ex stipulatione, nonnè Iudex suum interponet arbitrium, ut quanti interfit æstimet? nonne hoc in facto potiùs, quàm in iure consistit *l. 24. D. de reg. iur.* ideòque ad iudicis cognitionem pertinet *l. 135. §. Seia D. de verb. oblig.* erit itaque quæstio de illarum arbitrariarum numero, de quibus in *l. semper 15. §. 7. D. quod vi, aut clam l. 13. §. 1. de an. leg. l. 58. §. 1. D. locati l. 6. in fine D. de servis exportandis*; & oportebit concludere vel ex *Fabriana* ratiocinatione, quod ut diximus in capite antecedenti, reddita actione ex stricta arbitraria, in præsenti aget quidẽ ex stipulatu Auctor, at quia & utilitatem temporis sibi compensari desiderat, & id arbitrio iudicis committendum est, iudicium de stricto fit arbitrarium.

9 Verùm enimverò quanquam *Veteres* id ipsum ferè quod posteà *Faber* sentierint *Pragmatici*, semper in arbitriũ iudicis ponũt æstimationem utilitatis temporis, cum vel antè diem actum, vel post diem solutum fuerit, quanquàm circa hanc materiam, & quanta debeat esse æstimatio, & à quo regulanda longos faciant tractatus, & plerumquè *Moralistas* consulendos velint.

10 Quod si qui in diem debet, antè diem conveniatur, ut præfixo tempore solvat, & interim de solvendo cautionem præstet, is non teneri ad cavendum, nisi suspectus de fuga sit, quia forsan externus, vel nisi facultatibus labatur. *Practici* volunt *ex l. 41. D. de iudicijs* cum *Colero de process. p. 3. c. 3. num. 106. Frebero lib. 2. de fama c. 13. num. 10.* sed si tempore contractus talis fuisset, sibi imputet Actor quod cum illo contraxerit nec ultro desideret *Gom. var. 2. resol. 11. n. 57.*

CA-



CAPVT IV.

Defenditur tex. in l.promissor 21.§.1. D. de pecun.const.

SVMMARIVM.

1 *Disputat Faber adversus textum.*
2 *Temperamentum impugnat.*
3 *Defenditur illud.*
4 *Altera Fabri obiectio.*
5 *Resolvitur.*
6 *Respondetur ad tex.in l.liber homo.*
7 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
8 *Spatium quatrimestre concessum fuit in debitoris condemnati favorem, ideoque immune ab usuris.*
9 *Non currere incipit si appellatum à sententia.*
10 *Quid si reclamatum.*
11 *Quidam affirmant.*
12 *Alij negant.*
13 *Placet negativa sententia quæ asseritur.*
14 *Confirmatur.*
15 *Diluitur Staibani argumentum.*
16 *Quid ad allatas S.Consilij decisiones.*

DIsputat in præsenti *Faber* adversus textum in *l.promissor* 21.§.1.*D.de const.pecun.* cō-
1 tenditque à *Triboniano* interpolatum adiecta tota clausula *sed modicum tempus statuendū est, non minùs decem dierum, ut exactio celebretur.*

Hinc ad *num.* 8. *usque* pergens probare conatur quod constitutum sine die non valeat, quod ipsum à Paulo statim in principio §. præfatum est, deditque occasionem temperamento, alioquin si valuisset, nil aliud opus erat addere.

2 Deinde à *nu.* 8. temperamentum propositū sub eo prętextu impugnat, quod laudato & recepto illo, is qui constitutum admittit, illudque purum, potiùs duriorem, quam meliorem conditionem suam faciet, quid enim si quod debebatur in eo erat, ut ante decem
3 dies solvi deberet? At huiusmodi oppositio, in qua tantum sibi placet Author, ut ad fastidium usque inculcet, frivola est; tùm quia utcunque eveniat circa tempus semper meliorem reddit conditionem suam Creditor, qui, & constituentem quoque sibi obstrictum habet; tùm etiàm quia cum non possint leges ità constitui, ut prorsùs omnes casus complectantur, omnibusque provideant; sufficit adaptari ad ea, quæ frequentiùs accidunt; & cum raró accidat ut tempus solutionis principalis obligationis veniat ante decem dies, rarissimè etiam, ut sciens id Creditor constitutum simpliciter admittat, non coarctatum ad diem certā, sufficit his quæ ut plurimū eveniūt provisū esse. Planè si ut *Paulus in l.quod si* 3.§.*fin.hoc tit.de const.pecun.* observat *Constituta inducta sunt; ut pecunia, quæ ad diem debentur, ante illum peti possint*, quis credat eū cui ante decem dies debetur constitutum admissurū quo non nisi, post decem dies acturus sit? Certè, vel non admittet, vel si admittet aliquid utilitatis à constituto consequuturus paucarum dierum dilationem non curabit, sciēs conditionem suam, meliorem facere nō deteriorem, & si tardius pecuniam sit exacturus; nam moram temporis cum facilitate exactionis cōpensabit. Ceterū quia potest idem Creditor omisso constitutario à principale exigere, atque ita ante decem dies exigere, nō habet adversus temperamentum huius legis iustam querelam.

4 Progreditur ulteriùs *Faber*, & scribit sub *num.* 11. Ex eo solo, quod sine die factum est constitutum, non inducitur, ut præsenti die exigi possit, quod alioqui non dùm debebatur; sed tantùm producitur actio de constituta pecunia ad obtinendam condemnationem eius, quod interest Creditoris, itaque non erat, cur *Tribonianus* inepto illo suo temperamento provideret, ne tàm citò fieret exactio; sed potiùs ne actio de constituta pe-
5 cunia tàm citò nasceretur. sic ille, prorsùs frigidè. Primò quia non alia de causa in constituto puro statim nascitur actio, & obtineri potest condemnatio ad id quod interest, nisi quia statim solvere constitutarius debuißet, statimque ab eo exigi potuit; nam supposito quod ex puro constituto præsenti die exigi non posset, aut iniquissimè ad id, quod interest teneri non solventē dicemus, aut ineptissimè cōdēnari posse ad id quod interest; quippè non justè sua interesse exigere pręsenti die dicet Creditor, qui in præsenti die non potest exigere; & proindè à nō solvēte nulla fit mora Cæterum quod desiderabat *Faber*, ut ageretur, nempè ut actio de constituta pecunia nō citò nasceretur, id actum est, nam cum Creditor ex constituto exigere ante decem dies non possit & cōstitutarius solvere nō teneatur; aut non citò nascitur actio, aut infra spatium præfixum habetur, ac si nata non foret; quamquam vel ex hoc quod potius inhibitum ne ageretur, quam ne citò nasceretur actio, posset concludi temperamentum non *Tribonianum* habuisse Authorem, si quidem hic qui *Imperatorem* agebat non *I.Consultum* non adeò Religiosus iuris observator fuisset, ut impedire natam actionem, contentus foret

nasci tamen fineret, neq; uno, aut altero verbo vetaret.

6 Denique non rectè quis à stipulatione, de qua *l. liber homo* 118. §. *decem hodie D. de verb. oblig.* ad constitutum argumentabitur; & ratio in promptu est; nàm in stipulatione quæ stricti juris, & ex verbis contrahentium pendet, transgredi non potest, quod dictū fuit, at in constituto; quia pendet ob æquitate prætoria, facilè, & ex eadem æquitate, & propter contrahentium utilitatem quædam possunt admitti, inter quæ illud est, ut quamvis hodie, aut sine die, se daturum quis constituat, decem dierum spatio gaudeat.

7 De reliquo hæc æquitas qua decem dierum spatium conceditur à *Repetentibus* omnibus laudata est, & recepta post *Bartolum, & Baldum* ad citatam *l. promissor* §. 1. *de const. pecun.* & à Neotericis post *Hugonem Donellum, & Osualdum* 15. *Comment. cap.* 9. Itemque à *Pragmaticis* post *Ludovicum. Com. concl. concl.* 8. *n.* 21. *Boerium dec.* 45. aliosque, hinc ferè nullus qui *Fabro* assentiri velit, & qui quantisvis purè, & sine ulla dilatione obligato reo spacium aliquod ad solvendum, vel dandum non concedat, & si in definiendo hoc tempore varient; nàm & si decem dierum illud velit esse *Accursius*, cui passim assentiuntur ferè omnes in foro, sunt tamèn, qui & ad quatuor usque menses porrigant, aut in Iudicis arbitrio reponant cum *Menoch. de arbitr. cent.* 2. *casu* 27. qui & addit in casu sequenti 28. quod trimestre spatium iudicati faciundo præstitum, pertinet ad eos, qui in actionibus personalibus, non itèm ad eos, qui in realibus actionibus condemnati fuerint, ut alias diximus, ideoque his spatium concedendum iudicis arbitrio.

8 Duo tamèn in hac materia de quatrimestri spatio, cum apud Nostros indubitata sint. Primum scil. quod illud immune ab usuris est in debitoris favorem ex *l. ult. C. de executione rei judicatæ* quod & *Fab.* fallus est in *cap. antecedenti num.* 11. ideòque usuræ centesimæ, quas exsolvendas Imperator volebat, sivè illę quas in earum vice hodiè, ratione lucri cessātis, & damni emergentis *Pragmatici* pręstādas volunt cum *Capycio Latro dec.* 100. *Sanfelicio dec.* 164. *n.* 6. *lib.* 1. *Franco dec.* 2. *Menochio cit. de arbitr. tract. cent.* 1 *casu* 2. *num.* 11. *lib.* 2. exigi non posse intra quatrimestre concludunt, ut videre est penes *Ioannem Baptistam Staibanum de interesse in specie lib.* 2. *tit.* 26. *q. unica n.* 7.

9 Alterum, quod appellatione à sententia interposita, quatrimestre spatium currere nō incipit, quoniàm appellatio judicatum suspendit, *Lancellottus de attentatis appellatione pendente in præfatione a n.* 108. *Ginrba dec.* 49. *n.* 13. *&* 119. *Ruginellus de appellationibus tit.* 1. *num.* 9. & ex his, & nostro *Fabro in Codice sub. tit. de fructibus, & litium expensis definit.* 75. aliisque cum quibus *Capycius Latro d. decis.* 100. *n.* 13. *Marcianus disp.* 18. *n.* 5.

10 Tertium tamèn non æque certum est & exploratum, utrum scil. si non appellatum à sententia fuerit, quoniàm ab ea appellatio nōn conceditur propter authoritatem jus dicentis, sed tantummodò reclamatum, ut in Præfecti prætorio sententia evenit, & sacri Neapolitani Cons. (quem in locum P. Prętorij sivè eius Consistorij successisse Regnicolæ volunt, & adnotavit ex *Franco, Gajetanus Ageta in suo visionum feudalium tractatu p.* 2. *rubr.* 4. *in elucid. visionis quintæ in p.* 2.) Utrum, inquam, quatrimestre currat adeòut eo transacto, non obstante reclamatione interposita usuras condemnatus exsolvere debeat, an verò quatuor menses non currant, nisi tandèm lata sententia in gradu reclamationis; incertum quidem & inexploratum apud Nostros, quoniam post longam

11 disputationem non currere nisi lata sententia in reclamatione concludit *F. M. Pratus lib.* 1. *disc. pt. c.* 3. *n.* 6. *&* 7. ut *Gizzius* observat, & firmaverat etiam ex authoritate rei

12 judicatæ *Capyc. Latro* in citata *dec.* 100. ex adverso affirmat currere, ideoque usuras deberi non obstante reclamatione cōtendit *Marcianus* in citata *disp.* 18. in qua non solum fundamenta *Capycij Latri* evertere conatur; sed decisionem ab illo adductam rettactatam in gradu reclamationis refert: undè sic ità sentiendum *Joannes Baptista Staiban.* sentit à *num.* 3.

13 At quoniàm verum fatendum est, constat iniuria *Capycij* sententiam fuisse rejectam, cum non admodum contrarium allata urgeant, Siquidèm quod à sententia S. Consilij, veluti Præfecti Prætorio appellatio non detur, sed reclamatio: facit, ut interim sententia executioni demandari possit: at non facit, ut res judicata firma, & inconcussa remaneat (cum tamèn hoc exquirat Juris Consultus *in l. eleganter* 23. §. *si post rem iudicatam D. de cond. ind. deb.* ad hoc ut quatrimestre incipiat currere,) & quanquàm verùm sit, quod *R. Marcianus* ponderat, quod non possit absolutè appellatio cum reclamatione componi. Verum tamen idest inspecta authoritate proferentis sententiam, ob quam, & si reclametur non potest executioni resisti, at non quoad effectum suspensionis, nam & si reclamatio non resistat executioni, ut appellatio facit; attamē ne prorsùs inconcussa, & undique vera sententia remaneat, sitque talis facit, & si ab ea nō appellatum, sed reclamatū fuerit; hinc ex diverso fonte idem effectus nascitur, etenim & si qui appellat iniquitatem Iudicis arguat: qui verò reclamat, sive supplicat errorē proprium

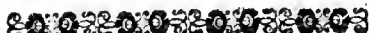
ptium fatetur; *l. præfata 17. l. minor 18. D. de minoribus ex Novella 113. cap. 1. sub tit. in medio litis non expectentur sacra formæ* notat *Dion. Gothofredus ad l. unicam D. de sentent. Præf. Prat.* attamen pari modò utraque sententia concutitur, & totalis effectus eorum suspenditur, undè *Justinianus* in citata *Novella 82. sub cap. 12.* sicuti imponit Iudicibus ne repellant appellationes, ità & eisdem jubet, ut retractationem, seù implicationem recipiant, atq; ità facit, ut & si possint appellationem reijcere, nô possint supplicationem; quod id ipsum tandèm parturiet effectum in beneficium gravati.

14 Neque dicta labefactat, quod de executione, quam interim Præfecti Prætorij sententia habitura est, ut toties diximus exagerat *Marcianus*, adeoque *Staibanum* movit, ut ex hoc solo argumento, quia executioni demandare victus sententiam debeat, concludat, teneri eum ad usuras: Siquidèm non tanti est, ut movere nos debeat; tùm quia, ut rectè *Capycius Latro* adverterat; executio quid diversû est, atque ita non impedit immunitatem, quâ appellatio, & reclamatio præstare ab usuris solet, ut alias evenit; nam quasdam sententias, & si inferiorum judicum, exequi tenemur, non obstante, quod appellavimus; & tamèn pendente appellatione, ab usurarû præstatione immunes sumus; undè constat non valere Argumentum, tenemur exequi, ergo tenemor ad usuras; Tum etiam quod parere victus circa executionem debeat, non obstante reclamatione, nascitur ut diximus ab existimatione, authoritate, & dignitate illius, qui sententiam protulit, quas nec imminutas, vel aliquantulum pateretur, voluit legislator reclamationem non concedere, nisi executa sententia, & voluit eum qui protulit, eandè exequi jubere posse non obstante reclamatione côcessa. hoc autèm quia extra communes Regulas, prodneendum non est; & cum sufficiat, quod victus ad executionem adigi possit ab authoritate eius, qui sententiâ protulit non erit ad hoc ipsum imposita usurarû pœna, (atque, ita pœnis coacervatis) adigendus, ut remedium reclamationis, quod illi pijssimos legislator etiam quando salva dignitate propria, aut sui Præfecti Prætorij concedere non posse videbatur, concessit, inane reddatur, aut saltem imminutum.

15 Cæterùm Argumentum *Staibani* concludit quidem, quod ex quo victus parere debet, possit ad parendum cogi, & iustè cogi, & si reclamasset, (quod in appellatione non contingee) at non concludit, non solum cogi posse, eo modo quo cogitur quis ad exequtionem ab habente authoritatem; sed etiâ quod si non exequatur, usuras solvere debeat quãdo nô unicus modus cogendi ad exequẽdum est usurarum impositio, & quando hæc in odium illorum tantummodò, qui certę, & inconcussæ sententiæ parere non curant, postquàm quatrimestris spatij immunitate gavisi sunt, habet locum; Sanè has usuras non ex sola inobedientia victi debitas fieri; sed ex certitudine rei judicatæ, quæ interposita reclamatione non adest, certissimum est, & ab eodem *Capyciò Latro* animadversum *n. 15.* Undè argumentum à *Staibano* allatum non novum, sed prævisum, & resolutum dignoscitur.

16 Ex his autem, cùm proposita ratio convincat quid dicendum sit in proposita quęstione, scrùpulum inferre nobis non debet rei judicatæ authoritas in reformatione prioris sententiæ, de qua *Marcianus, & Gizzius*, quippè, aut diecmus illam processisse aliqua ex alia causa, vel adminiculo, veluti ex eo, quod ibidèm actrix non solùm rei judicatæ, sed & legati quoq; interesse petierat: ideoq; uisû Sacro Consilio, pro omnibus certam summam dare, & hęc sũma, an pro solo legati interesse, an verò pro interesse etiàm rei judicatæ decursô, reclamatione pendente, data fuerit, non possumus divinare; vel diecmus, quod quoniàm hinc inde decisiones, & secunda decisio adversus primã lata est, altera alterius subvertit authoritatem, & non ad eas, sed ad momenta rationum attendere debeamus; vel dènique affirmabimus (ut ego verissimum puto) Sacrum Neapolitanum Consiliû, cujus veneranda authoritas, & Maximum supremumque arbitrium non minus æquitate quâ iuris prudentia suffultum; cui nunc (oportet enim hoc fateri) egregium affert ornamentû *D. Felix Lanfina Vlloa* Regens, & Præsidens in quo ut ad rem dicebat *Cassiodorus in* Form. P.P. Var. 6. *quantum diversis sollicitudinibus constringitur tantò magis laudis amplissimi Dignitas hac triumphat*, processisse, ut in expẽsis litium solet, ad usurarum condemnationẽ; quas modò denegat, modò concedit pro meritis causæ, & reclamationis impositæ videns; an iustè, & cum fundamento interposita, an verò temerè, & ad frustandum, dilatandumque actorem; quod sanè impunè licere non debet.





CAPVT V.

Ad tex. in l.si post constitutam 22. D.de const.pecun.l.si hæres 73.D.ad S. C. Trebell.

SVMMARIVM.

1 *Faber disputat hic adversus tex.in l.post constitutam.*
2 *Resolvitur prima illius objectio.*
3 *Objectio secunda.*
4 *Resolutio.*
5 *Defenditur Marcellus in l.si hæres 73.*
6 *Respondetur objectioni ex l.si tibi decem.*
7 *Defenditur recepta lectio in l.utrum 27.*
8 *Et in l.id quod 19.*
9 *Item Cujacij,& Joannis Fabri assertiones.*
10 *Defenditur etiam recepta lectio in l.licet 15. eodem tit.*
11 *Quid Repetentes.*
12 *Quid Pragmatici.*
13 *Singulare Corseti.*

1 ALter locus, quem *Faber* vexat sub eodem tit.*de constit.pecun.*est in *l.si post constitutam* 22.ubi cum *Paulus* scripsisset, *si post constitutam tibi pecuniam,hæreditatem, & Sen. Consulto Trebell. restitueris; quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, deneganda est tibi pecuniæ constitutæ actio; idem est in hæreditatis possessore post evictam hæreditatem*, ipse *Faber* ait *a Triboniano* adiectum; *sed magis est, ut fideicommissario, vel ei, qui vicit, decernenda sit actio.*

At, quia ille moveri se dicit duplici de causa una quod hujusmodi clausula non *Paulo* convenit altera quia non rationi; videamus an verum.

2 Ait primò non *Paulo* convenire clausulam; quoniam hic dubitaverat dumtaxàt utrum de constituto actio danda esset, etiàm post restitutam, aut evictam hæreditatem ijs, quibus constitutum;non item dubitaverat an danda ei cui restituta,aut evicta hæreditas, quibus nunquam fuit constitutum.

Sed ratiocinatio hæc levissima, ex seipsa refellitur, tùm quia adeò coniunctum secundùm dubium cum primo est,ut non possit dubitari, an actio competat etiamnum gravato, vel possessori? nisi quæras, an transierit illa in fideicommissarium,vel eum, qui evicit;alioquin simpliciter ut dicas oportet ex restitutione hæreditatis, vel evictione sequuta, constitutum extinctum; cũ hoc autem sit non ità, neatq; constitutum etiàm post restitutionem, & evictionem (frustrà enim quæreres de illius actione non manente illo) omninò cui competat actio disquirendum erit, videndumque, an remaneat penes eum cui constitutum fuit, an potiùs ad illum transeat ad quem translata sortis petitio est; tùm etiam quia nemo revelavit quod *Faber* ut certum sibi assumit, *Paulum* nõ de illo dubitasse, an fideicommissario, vel ei, qui hæreditatis possessorem vicisset, danda esset actio constitutæ pecuniæ; Verba enim J.Consulti hoc potissimè dubitatum præferunt, & ad hunc finem instituunt disputationem, dicuntque non manere actionem de constituto apud eum qui sortis petitionem in alium transtulit.

3 Ait secundò *Faber* non convenire Rationi; nàm cum tota translatio, de qua tractamus, fiat autoritate *Senatus Consulti Trebell.* & S.C.non aliæ actiones transferantur, quàm quæ hæredi, & in hæredem ex hæreditaria causa competebant, sequitur actionem ex cõstituto, quæ nunquàm fuit hæreditaria, sed hæredi ex proprio facto acquisita; transferri in fideicommissarium non potuisse.

4 Sed his responsio in promptu est; nàm si verum quod in fideicommissario ex Sen.Consulti autoritate, actiones omnes transferuntur, quæ hæredi competebant, non est ratio cur non & hæc actio de constituto, quæ sequela, & accessorium principalis obligationis est, non transferatur: annon vulgata Regula est *l.33.D.de Ædilitio edicto,& l. 11. D.de auro & arg. leg.*; Dices hæres ex proprio facto eam sibi acquisivit, sed tanquàm hæres, tanquàm hæreditatis possessor acquisivit; non est ergò propria non suę particularis personæ, sed qualitatis hæreditariæ, & crediti principalis considerati à constituente. Cæterùm non ipso jure, ut reliquæ actiones hæreditariæ in fideicommissarium transferetur actio ex constituto, neque hoc dicitur in textu, ut malè quidam credunt, nam in eo non translatam actionem, sed decernendam, idest à Judice decernendam adacto ad cessionem hærede, vel invito concluditur, ut rectè etiam conclusit *Marcelius in l.hæres 73.D.ad Trebell.* adver-
5 sùs quem obiecta à *Fabro num.* 8. facilè diluet qui observabit, transferri quidèm ex S.Consf. in fideicommissarium actiones, quæ hæredi, & in hæredem competierunt, at non ità transferri, ut omninò & adeò ab hærede auferantur, ac si nunquàm in eo fuissent; transferuntur nàq; quia Prætor utiles actiones concedit, & si non directas §.*restituta*, & seq. *instit. de fideicomm. hæred.* quod satis erit, ut actio hypothecaria superfit, quæ cedi possit; sanè non ita ei, qui restituit hæreditatẽ deberi desinit, ut penitùs nõ debeatur; adeòq; desinat hypothecaria; dũ debetur illi etiã post restitutionẽ, quia & hæres

res est, post illā,& si ex facta restitutione inhibitus ne directis actionibus uti possit; habet itaq;quod cedat, & proindè cogendus ad cedendum est,ut in simili specie actiones adversùs fideiussores cedere cogitur ex *l. heres 21. D.de fidejuss.* quam etiam *Faber* debuit tribuere *Triboniano*, cum & in ea similis dispositio, quæ in Responsis de quibus agimus sit,& fideiussio quoq; sine debito consistere non possit, quod ibidem sublatū est,translata fortis petitione in alium; undè ex *Fabriana* ratiocinatione sequeretur *Africanum* etiàm à *Triboniano* corruptum. De reliquo non novum ut propter utilitatem in fideicommissarium transeant ea quæ hæres ex sua industria quæsierat, aut ad eum pertinebant;ut ostenditur in *l. 1. §. 3. D. quorum legat.* in *l. 52. in fine D. eod.* & notat *Dion. Gothof in d. l. 73. ad Trebell.*

6 Neque *Paulus in l. si tibi decem 17. §. penult. D. de pactis*, obstat *Paulo* hic,ut credit *Faber num. 23.* Nam responderi potest vel quod (ut dicunt nonnulli) *Paulus in d. l. si tibi* aliorum referat duntaxàt, non probet sententiam, quod ea verba ostendunt (*plerique putant*) vel ut scribit *Jacobus Cujacius*,quod diversum sit pactum à constituto hoc enim de per se non stat,sed accedit,& sequitur; Pactum verò de per se stare potest, vel denique, ut nos in *Suspicionum Libris* dicebamus, quod in illa specie nominarim alteri, scil. nominatim hæredi, pactum fuerat,quod inutilitèt fieri paulò ante scriptum erat in *§. si pactus.*

7 Ea vero quæ à *num. 28.* inferuntur hùc à *Fabro* levissima sunt, nam primò in *l. utrum 27. eod. tit. de constit. pecun.* pro eo,quod scriptū est *Dominus & denuncies* reponendum velit, *debitor ei denuncies* (quamvis ego non inficiar de debitore loqui J. Conf.) Credo tamen inutile; nam non opus ad emendationem venire. Dominus enim etiàm vocari is est qui reus est principalis poterit,relatione facta ad constituentem, qui veluti negotij gestor est; & eo magis recepta lectio retinenda, quia *Græci* Dominus in hoc textu habent *lib. Basilicorum 23. tit. 7. cap. 27.*

8 Secundò in *l. id quod 19. eod. tit.* ubi scriptum in *§. fin. si pater, vel Dominus constituerit se soluturum quod fuit in peculio, non minuetur peculium, eo quod ex ea causa obstrictus esse cœperit, & licet interierit peculium, non tamen liberatur*, adjecit *Faber* de suo (*non minuitur obligatio, licèt minuatur peculium*) & hæc adiectio nulla idonea conjectura fulciri potest; omnes enim Codices ea carēt,& habēt simpliciter (*non minuetur peculium*) etiam Græcorum libri, nempè *Basilicorum* ubi suprà *cap. 19.*

9 Pergit *Faber* sub *n. 31.* & sequentib.& ex eo quod constitutum fortiùs stringat quandoq; mordet non solùm *Cujacium* qui asserit constitutoriam obligationem accessionis iure cēsendam, sed ait falsè,& ridiculè *Joannem Fabrum* scripsisse, ea quæ in iure dicuntur in fideiussore locum etiàm habere in constituente. Sed si quis videat in quo sensu *Joannes Faber* sit loquutus: videat in quo sēsu *Cujacius*; is *Fabrianam* calumniam ridebit, nā quod nōco modo accedat constitutarius ut fideiussor, & quod aliquando ex causa fortiùs stringat constitutum,quàm principalis obligatio,non id facit ut accessio non sit, & facit ut non sit fideiussio, at non ut non sit quid simile.

10 Denique in *l. licèt 15. eod. tit.* adiecta negatione legendum esse ait, *quòd per liberam personam non acquirimus*. Ingeniosa, si Dijs placet, emendatio, & quæ suffurari digna fuerit à *Franc. Hotom. 4. obser. cap. 12.* à quo excogitatā *Dion. Goth.* notat, sed cum *Paulus* Regulam tanquam vulgatam supponat, & in proposita sibi specie loquatur, quis non intelligit eum dicere non esse impedimento in ea specie, quam tractat, quod per liberam personam acquiratur, ideoque non velit retinendam lectionem receptam?

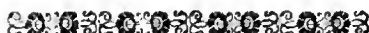
11 Sed quod longa disputatione agitat *Faber* hic, constantissimò Nostris tenetur. Undè passim asserunt constitutum ab hærede transferri ad eum, ad quem hæreditas ex post facto pervenit. Undè inter communes conclusiones hoc relatum à *Ludovico* est *concl. 16.*

12 *Pragmatici* quoque adversùs *Fabrianam* assertionem quæ est *num. 32.* constitutoriam obligationem non posse accessionis iure censeri sentiunt omnes; nam ideo constare de principali debito volunt post *Francum decis. 343.* debuit enim obligatio principalis præcessisse,& si inefficax; dicit *Afflict. decis. 117.* & si solùm naturalis *Guidon Papa d. singul. 61 t.* & si in minùs DD. passim; nàm constitutarium in plus teneri posse volunt cum *Bartolo* in *l. bi, qui 35. num. 16. D. de fidejuss.* & proindè eum, qui constituit se pro alio soluturum, vel nudo pacto obligari adnotavit *Rota Januensis decis. 41. num. 3. Matesil. singul. 36.*

13 At in hac materia singulare est, quod *Antonius Corsetus* scribit in *singul. lit. C. verbo confessio 6.* nempè quod confessio administratoris per epistolam fatentis habere penès se debitum alienum, induceit constitutum, adeò ut ex ea confitens conveniri possit (quod an verum) videant alij.



CA-



CAPVT VI.

De differentia intèr conditionalem legatarium, & creditorem conditionalem.

SVMMARIVM.

1 *Plures differentia inter legatum conditionale, & stipulationem conditionalem.*
2 *Cur cavetur conditionali legatario.*
3 *An creditor conditionalis possit in possessionem mitti.*
4 *Quid dicendum in quæsito illo, cur legata cõditionalia ad hæredes non transmittantur?*
5 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
6 *Purificata conditione actus habetur, ac purus.*
7 *Limitatur hac assertio.*
8 *De conditionibus suspensivis, & resolutivis.*
9 *An resolutiva conditiones reddant nullum contractum ex tunc?*
10 *Introspicienda voluntas contrahentium, & modus conventionis.*

1 PLurts quidèm sunt differentiæ intèr legatarium conditiooalem, & crediro-rem conditionalem; sed omnes ex una illa descendunt, quod io stipulationibus tempus contractus, io legatis, tempus advenientis conditioois spectatur *l. filiusfamilias 78. D. de verborum oblig. l. uxorem C. de cond. insertis*; ideòque prædicta tanquam firma Regula oobis à Iuris Consultis proponitur, in *l. legata 18. & l. filius familias D de Reg. Juris.*

2 Ergò primum si interroges cur non conditionali creditori, sed legatario conditionali caveatur? facilis erit Responsio desumpta ex proposita Regula; nempè quia nil stipulanti, pendente conditione, debetur; & si dicas, at deberi poterit; Replicabo id tùnc futurum cum conditio advenerit: at hoc tempus non spectari, non venire in consideratiooem.

Fatendum tamen quod ad tex. in *l. in possessionem 6. & l. penult. D. ex quibus causis in possessionem eatur* (in quibus nùnc asseritur, nùnc negatur creditorem cõditionalem mittendum in possessionem ex edicto) tùm *Cujacij* conciliatio, tùm *Fabri* maoca est; ideòque
3 coniungendæ, itaut si quæras, utrum creditor condirionalis possit in possessionem mirti, & quando? dicamus tùnc posse cum nemo prohibet, nemo intercedit; Si verò quæras & quid hujusmodi missio operabitur? concedamus *Cujacio*, nullum effectum hujusmodi missionem operaturam: nam hic conditionalis creditor pignoris persecutionem non habès, non debet, nèc potest bonorum venditionem efflagitare. proindè si initium spectes, dicetur missus in possessionem hic creditor conditionalis: at si effectum, ita dicendus non erit.

4 Secundò ad quæstionem illam, quam hic, & in sequenti *Faber* exagitat, cur legata conditionalia ad hæredes non transmittantur *l. 4. & 5. D. quando dies legati cedat*, stipulationes verò transmittantur §. *conditionali Instit. de verborum oblig.* Responsio ex proposita Regula in promptu quoque erit, nam descendit ab illa, ut *Cujacius, Alciatus, & Corasius* tradidère; Ex quo enim in stipulationibus contractus tempus inspicimus, illudque initium disquirimus, invenimus in eo animũ utriusq; contrahentis esse statim hæredi proprio, & successori prospicere eosq; statim obstringere etiã, & obligare; ideò statim oascitur obligatio, & quãquã eius effectus adeò per conditionem suspendatur, ut interim inspecto hoc initio nihil debearur; eveniente tamèn conditione, debet promissor, ac si ex eo tempore, quo promisit, debuisset, ut tandẽ *Faber* ingeouè in sequẽti capite fatetur *n. 24.* quo in loco, quanquàm aliud se credat, hoc ipsum asserit: At in legatis non ità est; nàm quia testatur tùnc obligate vult hæredem, cum conditio extiterit: antè eius eventus nihil vult, & nihil per consequens disponit; hinc cum legatum interim nil sit, nil habet quod transmittat ad successores suos legatarius; & quaoquã etiã stipulationis sit spes *d. §. conditionali* ut legati *l. filiofamilias 11. D. quibus ex causa in possess.* attamèn legati mera spes est, quæ cum nullum fundamentum habeat, traosmitti tanquam aliquid inane non potest: nàm extinguitur cum ipsa legatarij vita, cui nihil interim debet hæres. stipulatioois verò spes est in aliqua obligatione fundata; Hinc cum obligatio promissoris adsit, hæc obligatio transmittitur ad hæredem. Confirmatur hæc Ratiocinatio ex *Juliano* in *l. si quis 57. de verborum oblig.* quo in loco scribirur: *Si quis, si Titius Consul factus erit, decem dare spoponderit, quamvis pendente conditione promissor moriatur, vel relinquet hæredem obligatum*; significant enim hæc postrema verba, quod quamvis stipulatio conditionalis sit, est tamèn obligatus promissor, qui hanc obligationem traosmittit in hæredem suum, quod & stipulans quoque facit, quia habet quod transmittat.

5 Sed in hujusmodi contractibus conditionalibus, de quibus hic *Faber*, affirmant Nostri conditionis eventum, ejusq; tempus spectandum

dum

dum esse: ideòque interim nec eorum actio-
nem esse, nèc obligationem, ut *Menochius*
notat *de arbitr.lib.2.casu* 498. *num*.7. quod
adeo verum, ut debitor sub conditione inte-
rim non sit verè debitor, *Rebuffus in com-
ment. ad constitutiones sub tit. de literis oblig.
Glossa unica art.2.num.71.tomo* 1.& ideò vul-
gatum *Brocardicum* apud omnes in foro,
quod *conditio nil ponit in esse.Ozaschus decis.*
166. *num*.5. & quod actus conditionalis nil
ante eventum conditionis operatur. *Cassa-
dorus decis.* 3. *de prabendis num*.76. unde
non verificata conditione cessat dispositio
*Ozaschus decis.*171. *num*.6. *Rota Jannensis
decis.*192.*Afflictus decis.*355.nàm nullum ex
ea sortiri potest effectus *Rolandus cons.*63.
volum 4.*Bellamera conclus.*123. *num.* 16. &
communis conclusio, *quòd gestum, aut actum
ante conditionis eventum nihil valet ex Puteo
decis.*283.*lib.*2.*Paulo Emilio decis.*338.*par.*1.
6 *et decis.*35.*par.*2.Sed propius ad rē vide *de Pe-
tris cōs.*51.purificata demùm cōditione adij-
ciunt communitèr qui suprà DD. quod retrò
trahitur obligatio, & fingitur, ac si pura ab
initio fuisset,ideoque si à principio (circum-
scripta conditione) fuisset liquida, & execu-
tiva,illa purificata statim, & executivè agi
poterit,*Rebuffus* loco suprà citato *num*.72.il-
lud tamen observandum erit,quod circa hanc
7 retròtractionem visum plerisq; est post *Bar-
tolum* distinguendum esse intèr conditionem
potestativam,& casualem,& in casuali verum
esse retrotrahi tempus: at in potestativa non
itèm; quoniàm sibi imputari actor debet
quod priùs non adimpleverit. *Bart.in l.* 8.
*§.quod si pendente D. de periculo, & commodo
rei vendita,& in l.*9.*D.qui potiores in pign.ha-
beantur* qui addit, nequaquam in præjudiciū
tertij,cui interim ius fuerat quæsitum, retro-
tractionem admittendam,ita docens in *l.*14.
D.de novat. cumque *Decius cons.* 405. *vol.*2.
sequitur *Magonius decis. Lucensi* 21. *Peguera
q.crimin.*48.*num.* 12. Et quidem cum hæc re-
trotractio non fiat, nisi ob æquitatem, &
adhibita fictione, non potest esse fictioni lo-
cus, nisi æquitas subsit, *Cassadorus decis.* 3.
de prabendis num. 21.

8 Porrò ad hujusmodi tractatum etiam per-
tinet Nostrorum animadversio, conditio-
num scil. quasdam esse actus suspensivas,
quasdam ejusdem actus resolutivas, ut expli-
cat *Menochius cons.*388.*lib.*4.; prædictarum
verò suspensivas impedire interim contra-
ctum,non itèm resolutivas: quoniàm contra-
ctus,qui has habent,interim validi sunt, ac si
puri *Magonius decis. Florentina* 1. *num.* 9. Et
9 quamquam cum resolutioni locus fit, an vi-
tietur actus ex tùnc scil. ac si à principio non
valuisset; adeò ut etiàm medio tempore gesta
nulla,& irrita reddantur; an verò ex nūc scil.
ex die purificatæ conditionis, ac factæ reso-
lutionis,quæstio non modica sit,& in foro,&
in scholis. attamèn Iuris Regulis inspectis
9 posset facilè ea decidi, nā primò animadver-
tēdum esset, quod generalitèr cū actus resol-
vitur,ex tùnc resolvitur, & à principio habe-
tur,ac si gestus non fuisset, ut constat ex *l.Ju-
lianus* §.1.*D.de verborum oblig. l.hominem in
fine D.de usurpat. l. nec ullam* §. 1. *D. de post.
hared.l.voluntate* §.1. *D. quibus modis pignus
l.intra utile §.vendentibus D.de minoribus l.*2.
*D.quando liceat ab empt.l.*2. *C.de rescind. ven-
dit.*alijsque iuribus explicatis à *Grato cons.*50.
*num.*53.*Peregr.cons.*64.*num.*40.*Mera de jure
contractuum qu.*5.*num.*4. *Riminaldo Juniore
cons.*256.*num.*29.*vol.*5.*cons.*430. *nu.*8.*vol.*4.
Franchis decis. 154. *num.*5. *Rovito decis.*4.
*num.*12.

10 Animadvertendum secundò esset, non in
eo fore difficultatem,an scil. conditio resolu-
tiva reddat(cum tandèm existit) contractum
resolutum à principio,& ex tunc,quia id ab-
solutè verum jàm diximus; sed esse in digno-
scendo an itá contrahentes voluerint; quid
enim si pacti fuerint, ut emptio valeat: at si
quis meliorem offerat conditionem ab ea di-
scedatur? Sanè hoc casu resolvitur quidem
contractus existente conditione apposita, ac
meliori facta oblatione, at non ex tùnc, & à
principio; quoniàm interim voluère con-
trahentes emptionem validam esse; adeòque
veluti puram habendam, ut Juris Consultus
docet in materia pacti adiectionis in diem in
*l.*2.*D.de in diem adiect.*

Pendet ergò quæstio ex contrahentium
voluntate, & verbis; nàm si convenerit ven-
ditum esse fundum, nisi alius meliorem con-
ditionem offerat, alio offerente, venditum
fundum nequaquàm fuisse,& ex tùnc resolu-
tum contractum dicemus,at si convenisset,ut
venditus quidèm fundus foret: sed cum alius
plus obtuleri,ab emptione discedatur, resol-
vetur contractus ex nùnc;quoniàm à princi-
pio extitit, & pura venditio fuit,ut in *d.l.*2.
videre est.

Neque ex eo quod tametsi resolvitur con-
tractus ex nunc; quoniam actum fuit, ut, ad-
veniēte cōditione resolveretur, nihilominùs
pignus medio tempore contractum finitur,&
hypotheca ab emptore super re imposita ces-
sat; sequitur non valuisse contractum à
principio, quoad fructuum accessionem, &
reliquorum acquisitionem, ut plerique di-
cendum credunt; nàm vel ex hoc, quod pi-
gnus finitur, & hypotheca cessat, concludi-
tur à principio adfuisse;ideòque Dominum
fuisse emptorem,& contractum fuisse purum,
ut ex *Marcello* deduci poterit in *l.* 6. §. *sed
Marcellus D. de in diem adiectione, & l.*3. *D.
quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*; fi-
nitur

nitor enim, & desint quod principium habuit, & extitit, aliàs non finitū, sed nō constitisse pignus, scriptum foret, & ad hunc sensum dirigenda erunt quæ scribunt, licèt in quibusdam incautè, *Afflictus decis. 40. nu. 4. Cravetta cons. 435. num. 28. tom. 3. Menochius cons. 26. num. 4. vol. 1. Costa tract. de retrotractione casu 1. in 8. cap. num. 8.* alijque.

Ex his sequitur, quod quia in hoc Neapolitano Regno, si feuda à Rege nondum feudatarijs concessa, & proinde Demanialia dicta, tandèm alieni concedantur, habet Universitas vassallorum eorumdem feudorum *jus provocandi*, (quod Nostri *jus provocationis ad Demanium vocant*, nempè offerendi pretiū; ut eo soluto, in pristino statu remaneāt;) hinc in omnibus concessionibus feudorum demanialium, quæ à Rege fiunt, censetur apposita conditio illa resolutiva, nisi *Universitas ad Demanium provocaverit*, ut *R. Capicius Latro* notat *decis.* 200. *tomo* 2. *num.* 85. erit dicendum, quòd hæc conditio efficit, ut medio tempore concessiones non consistant, sintque factæ non simplicitèr ut valeant; sed ea lege ut si Universitas petat demanium ab emptione discedatur; quæ eatenùs valeat quatenùs Universitas ipsa non petat; si verò petat, invalida sit; atque ita dicendum erit, ut locus esse possit his, quæ tradit *Reg. de Ponte de potest. Proregis tit. de diversis provisionibus §. 1. num. 16.* post impium *Molineum*, post *Guidonem Papam*, aliosque. quamquam revera resolutio hypothecarum medio tempore contractarum id non præcisè exigat, etenim ut diximus, etiàm resoluto ex nùnc contractu, atque irritatis venditionibus, & concessionibus per provocationem ad Demanium factam ab Universitate; poterit, & rectè dici finiri pignus, & hypothecam cessare.

Cæterùm si hypotheca fuisset imposita expresè sub ea lege supèr feudo empto, *nisi Universitas demaniū petat, & emptionē subvertat*, omninò dicendum erit resoluto contractu, resolvi hypothecam à principio, & ex nùnc, utpotè quæ sub conditione fuit imposita, & & nunquàm cōstitit ne à principio quidem; ut cum casus contigisset, luculento Responso firmavit vir doctissimus, meique amicissimus.

Rursùs cum prohibitę feudorum contrectationes sint absque domini directi assensu, cautumque etiàm in hoc Regno, ut quousque supèr illis Regius nō accedit assensus, possint tàm emptorem, quàm venditorē sivè tàm eū, qui dat, quàm qui accipit, pœnitere, & contractum factum revocare, ut cavetur in *Constit. Regni*, quæ incipit *Constitutione D. memoriæ*, sequitur ex hoc, quòd quoniàm hujusmodi contractationes censentur factæ sub conditione, si Regis accedat assensus, magis dicendum erit, eo non accedente, & ob id revocato contractu, hunc resolutum esse ex tùnc, & à principio, redditumque adeò nullum, ac si non foret factum, ut Nostri dicunt cum *Isernia in comment. ad d. constitutionem, & in cap. primo qualitèr olim feuda alien. pot.* itèm cum *Camerario ad Constitutionem eandem colum. 2. lit. I. Tappia de Jure Regni lib. 6. tit. de prohib. feud. alien. Marciano Seniore cons. 49. num. 14. lib. 1. & Marciano Juniore disput. 31. 17.*

Quod adeò verum est, ut sequuta revocatione non solùm hypotheca medio tempore contracta resolvatur, sed & fructus restituendi, & pretij exsoluti usuræ præstandæ sint, ac si à principio nullus adsuisset contractus *Freccia lib. 2. de subfeudis nu. 87. Anna, Maurus, de Ponte, Teodorus, Capiblancus, & Tappia*, cum quibus *Reg. de Marinis quotid. primo cap. 149. & Consil. Rocens Responso 97. cent. 1.* & proindè venditionem annullatam esse ex tùnc, & à principio; & pacta quoque omnia in contractu ipsius apposita etiàm exequutiva, & liquidationis reddita inania, concludit post alios rectè *R. Marcianus disput.* 32. per totam; sed præcipuè *à num.* 42.



CAPVT VII.

De eadem quęstione.

SVMMARIVM.

1 *Non placet Fabro adducta Ratio in capite antecedenti.*
2 *Suam proponit.*
3 *Qua tamen coincidit in supra allata.*
4 *Altera Ratio a Fabro adducta, qua tamen minùs idonea.*
5 *Quomodo brevius, & planius Respondendum ad quæsitum?*
6 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
7 *Distinguendum inter conditiones.*
8 *Quid de conditionibus mixtis.*
9 *Et de modo.*
10 *De repetitione conditionum.*

1 Displicet *Fabro* superiùs allata Ratio differentiarum inter legata, & contractus conditionales, ideòque novam assignare conatur, sed assignat talem, quæ per multas ambages, & per verbosos circuitus, idipsum quod ex *Cujacio, Alciato, & Corasio* dicebamus, concludit.

2 At

2 Ait itaque *num.* 10. differentiam legatorum, & contractuum conditionalium ex eo petendam esse, quod ius petendi legati conditionalis (quandocunque existente conditione) non nascitur eo tempore, quo testamentum fit; etenim testamentum non valet, nisi mortuo demùm testatore, neque nascitur ex mortis tempore, ad quod retrotrahi non potest, ut & *Bartolus* quoque animadverterat in *l. si is, qui pro emptore num.* 47. *D. de usucap.* siquidèm quod testamentum tùnc confirmetur fit potiùs legis potestate, quàm defuncti voluntate; hinc ait *Faber* fieri, ut quęcunque testamento continentur, eo ipso modo valeant, quo scripta sunt, & consequentèr ut legatario conditionali, nullum omninò ius, aut in præsens, aut in futurum tempus acquiratur, antequàm conditio evenerit.

3 Sed ex hac ratiocinatione *Fabriana* quis non videt ipsum nil aliud agere, quàm latiùs explicare, cur legati conditionalis nulla sit obligatio in hærede, nullum sit ius in legatario, quod transmittere ad successores possit; latiùs quidem explicare, sed aliquantò confusè, dum quandoque idipsum, legis potestati, quandoque testatoris voluntati imponit; quando simplicitèr in paucis rem totã definire poterat, dicendo quod interim, pendẽte conditione hæres non debeat, quodque nullũ ius legatario competat, & id omne ex voluntate testatoris descendere nolentis hæredem suum debere, aut legatarium habere, nisi verificata demùm conditione imposita; atque itá, tùnc, & si, verificabitur. quod planè velle posse testatorem lex fecit quæ ei potestatem disponendi, post mortem suam, concessit *l. verbis D. de verb. sig.*

4 Rursùs cur etiam legatario sub conditione, nedum legatario in diem caveatur, quam assignat *Faber*, quia prohibendum erat, ne pleno iure hæredis res fieret quarum quãdocunque dominium legatarij esse debebat, elegans quidèm ratio est sed non generalis, compræhendit enim tantummodò legatarum certarũ, quæve per vindicationẽ fiebant: nàm si legata nõ rei certæ fuissẽt, si ejus generis, ut res non rectà via in dominium legatarij transire posset sed ab hærede præstanda veniret, *Fabriana* ratiocinatio nõ poterit locum habere; nã acquiri primo, & pleno jure, hæredi res oportebat, ut deindè ab hoc

5 præstita legatario quæreretur; itaque dicendum esset, non aliam ob causam Prætorem in omnibus legatis etiam conditionalibus, & in diem cautionem exigisse, nisi ut magis, ac magis defunctorum voluntates adjuvaret, seque certum redderet, & legatarios, quod suo tempore exequentur hæredes, quod convenit; hinc sicuti adjuvans voluntates testatorum Prætor dedit hæredibus bonorum possessionem, ità idipsum agens debuit jubere ut legatarijs caveretur, quod *Vlpianus* innuit in *l.* 1. *§. fine ratione D. ut leg. nom. caveatur.*

6 Sed cum quæ de stipulatione conditionali scribit *Faber* à *n.* 14. ea ipsa sint, quæ nos priùs dicebamus, ut adnotavimus suprà; placet ex *Pragmaticorum*, & *Repetentium* sententia addere, quod licèt Regula sit, quod legata sub conditione relicta, legatarius, qui conditione pendente decessit, ad hæredes non transmittat, ut ex tex. in *§. optionis inst. de leg.* vulgò jactari solet cum *Baldo sing. al.* 15. & *P. Ravenna sing. l.* 318. attamèn pluribus modis Regula hæc limitari ostendit *Mantica de coniect. ult. vol. lib.* 11. *tit.* 20.

7 Et rursùs addere quod erit distinguendum inter conditiones, quæ legatis tacitè insunt, & quas testator expressis verbis Legatis apposuit; nàm primæ non impediunt transmissionem, licèt ab homine quoque fuerint expressæ: Ità post *Glossam*, *Bartolum*, *Rotam*, aliosque Doctores in *l. hac verba D. de leg. primo*, præcipuè *Jasonem num.* 50. notat *Julius Caponus controv. forens.* 19. *num.* 11. nisi tamèn expressio fit modo diverso facta ab eo, quo conditiones insunt, ut idem *Jason* advertit. Sed secundæ conditiones, idest impositæ ab homine impediunt transmissionem, *l. unica §. fin. autem aliquid C. de caducijs tollendis*, quod non habet tamen locum si ab Ascendente facta legata, de qua re vide *Galgaaetum de cond. par.* 2. *cap.* 1. *q.* 47.

8 Quod si mixtæ cõditiones, & partim earũ, quæ tacitè insint, partim earum quæ exprimi solent, impositæ fuerint, idem *Caponus* post *Galganetũ par.* 2. *c.* 8. *q.* 31. firmat eas nõ impedire transmissionem, quamvis in illis aliquid expressum sit; sed in dubio factam expressionem reducendam ad eum modum, quo insunt, ad hoc, ut transmissio non impediatur.

9 Denique addendum erit, quòd quamvis modus à conditione non parùm differat, attamèn in eo cum illa convenit, quod modo non impleto, etiam actus sub modo concessus resolvitur, nulliusque momenti efficitur ex tex. in *l.* 1. *C. de donat. quæ sub modo*, & ex alijs juribus à *Rovito* expensis *decis.* 4. *nu.* 13. Vnde *Cumanus num.* 2. post *Glossam in rubr. Digestorum de cond. & dem.* scripsit legatarium non impleto modo legato privari; nam non impleta conditione illud non caperet, quod tamen in legato pio limitari post *Episcopum Maranta responsorum lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 3. & 23. *Galganetum lib.* 1. *num.* 4. *cap.* 94. observat *Altomarias ad Rovitum* ibidem, quod verum, nisi aliter voluisset testator; *de Georgio*

10 *alleg.* 31. *num.* 26. Sed an, & quando conditio adiecta primo legato censeatur in secundo repetita, & per quas dictiones repetitio facta

facta præsumatur; itèm quando legatum cum eadem conditione translatum sit, & alia ad materiam repetitionis conditionum, per plures præsumptiones *Menochius* tractat *lib.4.* præsumptionum à *præsumptione* 174. & sequentibus; cujus dicta, & de eadem tractantium *Pragmaticorum* recentiorum Nomenclaturam, attentè collegit *Altomarius ad Rovitum lib.3.consil.66.& seq.*



CAPUT VIII.

Defenditur tex. in §. si reo leg. si à Reo 70. D. de fidejuss.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit de quo Cajus dubitat, & quid decidit.*
2. *Ejus conclusio displicet Fabro, ideoque esse Triboniani contendit.*
3. *Asseritur illa Juris Consulto.*
4. *Replicatio Fabri.*
5. *Eliditur.*
6. *Quid Neotericis de Bartoli distinctione.*
7. *Ostenditur recipienda.*
8. *Suppositum* Fabri *refellitur.*
9. *Quid Repetentes & Pragmatici.*
10. *Fidejussor, in plus non obligatur quam principalis.*
11. *Quid si acceptus in majori summa.*
12. *Potest validius obligari.*

1 DUbitat *Cajus. Si reo in fundum obligato, fidejussor in usumfructum accipiatur; utrum obligetur fidejussor quasi in minus, an verò obligetur, quasi in aliud*; at io eo ait esse dubitationem, usufructus pars rei sit, an proprium quidam; sed tandem hac disputatione relicta, videns in omnem casum usumfructum fundi ius esse concludit, incivile esse, fidejussorem ex sua obligatione non teneri *l. sin verò §. si reo D. de fidejussoribus.*

2 Sed cum conclusio hæc displicuisset Fabro à *Caio* illam abdicat, & appingit *Triboniano.*

3 Primò verbosissimè contendens usumfructum rei partem non esse; nec videt, quod si hoc adeò verum, ut in dubitationem venire non debuisset: utique malè *Cajus* quæstionem proposuisset, in ea specie de qua in principio legis, & ineptè sibi videri dixisset, dubitationem in eo esse, utrum usufructus pars rei sit, si exploratissimum fuisset, partem rei non esse. Rursùs si utcunque constaret usumfructum partem fundi aut integralem esse, aut homogeneam, quomodo in dubium venire poterat, an fidejussor obligaretur? ergò cum IurisConsultis potiùs, quàm cū Philosophis, sive ut meliùs dicam, cū attenta potiùs contrahentium voluntate, quàm scrupulositate verborum constaret, usumfructum & si rei partem non esset vices tamen partis obtinere, ut *Papinianus* Respondit in *l. cum filius 76. §. Dominus D. de leg.3.* & ex scriptis in *l. Mævius 66. §. ult. D. de leg.2.* id confirmaretur; dum excipiendo quosdam casus Regulam stare in contrariū innuat ibi I.C., item in *l. si Titio 33. D. de usufructu*, cui concinit *Paulus in l.4. eod. tit. de usufr.* ideo cum se proderet difficilis quæstio proposita, visum *Cajo*, est & rectissimè aliunde petere solutionem, & vel ex eo, quòd usufructus jus fundi sit, & servitus, concludere incivile esse, non teneri fidejussorem; hujus autem conclusionis injuria à *Fabro* vexatæ, prima pars defenditur ex illis iuris nostri locis in quibus probatur usūfructum ius fundi esse præsertim ex *l. Mævius 66. D. de leg.2.* in cujus *§. ult.* propterea *Papin.* ait in jure nō in parte consistere; itē ex *l. rectè 25. D. de verb. signif.* in qua *Paulus* servitutem usumfructum appellat. Secunda pars in consequentiam eerram, & inevitabilem venit.

4 Sed ait Faber vel ex eo quod jus fundi usufructus sit quid aliud ab eo est, ideòq; fidejussor, veluti in aliud acceptus nō obligatur. Re-

5 spondeo huic consequentiæ esse *Celsi* conclusionem in *l. quod aliud 86. de verborum signif.* de reliquo videat qui volet, an admittenda in præsenti ut bona hæc ratiocinatio, ius prædij est: ergò aliquid diversum à prædio est, quando constar prædiorum jura ipsa prædia esse taliter se habentia.

Porrò non major ratio est, ut quod ait *Jul. in l. qui usumfructum 58. D. de verborum oblig.* admittamus, quod verò hic *Cajus*, reijciamus: ideoque concludendum foret, aut *Tribonianum* utrumque Responsum immutasse, aut neutrum, ut *Osualdus* etiam sentit in notatis ad *Donellum lib.9. cap.9. lit.E.* cujus dictis addenda, quæ *Cujacius* scripsit in comment. *ad l. si unus §. item si pactus D. de pactis.*

6 At *Bartoli*, & sequacium distinctionem in usumfructum causalem, & formalem, quam *Faber* impugnat hic *num.* 25. scio & ab alijs ante ipsum rejectam impugnaramque fuisse, præsertim à *Joanne Corasio 5. Miscell. cap.3.* & *ad l.1. de servit. Eguinario Barone in comment. instit. de usufructu, Andr. Alciato in l.25. de verborum signif. Franc. Connano 4. Comment.3. Duar. ad l. 126. de verborum oblig.* & similibus. Sed scio etiam à nonnullis probatam, receptamque, præcipuè, (qui pro omnibus est) à *Jacobo Cujacio 5. ad Africanum ad l.36. §.1.*

7 *D. de usufr.* Et sanè si quis introspiciat *Hotomani* distinctionem 3. *obser. cap.22.* & ad l.27. de

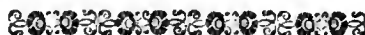
de pactis, *& ad l.1. C.de usufr.* traditam, qua in merum, & mixtum ususfructus dividitur, aut alteram *Curtij* 30. *conjectural.* quæ ait usumfructum alium consistere in parte, quam habet Dominus, alium in Jure quod habet usufructuarius, aut aliorum similes distinctiones; invenies eas omnes, aut deteriores multò hac quam *Bartolus* invenit, aut saltèm idipsum alijs verbis significantes. Quid ni ergo hanc (& si ad vivum resecatam, non undique sana) saltem doctrinæ gratia non retinebimus? ut *Emman. Suarez*, doctè adnotavit ad *Gomezium 2. resolut. cap. 15. lit.B.* qoanquàm enim verbis Juris Consultis inusitatis concepta sit, sufficit tamen significantia illa esse, & non absurda. Sed hæc sat dixisse qui plura velit, legat ubi suprà *Gomezium*, & plenissimum *Joannem de Castillo contr.quot.de usufr.cap.*1.

8 Id autem quod *Faber* hic *num.* 26. *& seq.* securè præsumit, & tanquam certum tradit, nullam uspiam esse proprietatem, quæ usumfructum habeat conjunctum; quia eo ipso quod separatur à proprietate, fit ususfructus, qui anteà non erat; rectissimè refellitur ab *Osualdo* in notatis *lib.*10. *cap.2.lit.E.* cujus dictis addo ex hac ipsa *Fabriana* Ratiocinatione, distinctionē *Bartolianam* firmari, nam si verum usumfructum fieri eo ipso, quod separatur à proprietate, en una ususfructus species, quæ à proprietate separata; si verum, esse usumfructum, qui proprietatem comitetur, ut affirmat *Pompon. in l. sicum argentum* 21. *§. sed si usumfructum D.de except.rei judicatæ*, nam alioquin si nullus esset ususfructus cum proprietate coojunctus, nullus ab ea separari posset contra I. Consultorum assertionem *l.6.de usufr. in l.4. si ususfructus petatur*, & passim sub *tit. de usufr. leg.* En species altera ususfructus diversa à prima.

9 Cæterùm textum hunc sine ulla difficultate Nostri exponentes, concludunt, quod reo promittente fundū, fidejussor in usumfructum accipi potest post *Bart.* hic & in *l. si ità stipul.* 5. §. 1. *de verborum oblig.* & quod ususfructus pars dominij censetur, ut ait *Baldus*.

Pragmatici verò adiiciunt, quod adeò verum, quod fideiussor non obligetur diversimodè à principali, ut si fideiusserit pro debito conditionali ad illud, ut docet *Rota Januensis decis.4.num.7.* conditionalitèr tantùm obligabitur; nec priùs poterit adversùs ipsum agi, licèt per longum tempus steterit in obligatione; quàm conditio verificetur *Afflictus decis.241.nu.fin.* Undè si antè diem, aut adventum conditionis fideiussor solverit, quod non tum debebat, non poterit adversùs principalem agere, nisi demum adveniente die, vel purificata cōditione ita ex Regula *l. si mandavero* 22. *& l.51. D. mandati Ozaschus decis.130.num.5.*

10 Hinc si ponas principalem metu, aut in carcere positum se obligasse, quoniam nulla obligatio est, si fidejussor pro ea solverit, non repetet iuxtà notata ab *Afflicto decis. 149.num.4.& 5.* Verum enimverò si clarè cōstaret de voluntate fideiussioris, qui ideò fideiussit, ut teneretur etiàm, cum principalis obligatio non consisteret, in hoc casu, quamvis nulla principali obligatione, fideiussoria tenebit *Joseph Ludov. decis.Perusina* 27. ubi, quomodò teneatur, & quando declarat, itē *decis.Perusina* 57. *Vera decis.* 315. *par.*2. post *Jasonem de act.§.item si quis postulante, & Cremensim singul.*42. Denique circa summam, credidit D.M. Autor in *melliloquio* 250. quod fidejussor, qui in maiorem summam acceptus est, tenebitur usque ad concurrentem quantitatem, & validè obligatus remanebit; quod vix ego verum puto, sed alij videant; interim moneo rectissimè fuisse animadversum à *M. Mantua singul.* 537. quod fideiussor licèt in plus non obligetur, obligari tamèn efficaciùs poterit, quoad actionis potentiam.



CAPVT IX.

An pupillaris contineatur sub expressa vulgari, cum mater est in medio, & ad l.ult. C.de institut. & substitut.

SVMMARIVM.

1 *De Marci, & Veri Constitutione.*
2 *Quomodo aptius vocetur substitutio pupillaris sub Vulgari comprehensa.*
3 *An hac excludat matrem; Faber affirmat alij negant.*
4 *Defenditur negativa sententia.*
5 *Etiam ex Justiniani Constitutione.*
6 *Quid Repetentes & Pragmatici.*
7 *Quid in Foro.*

1 CUM disceptaretur inter Juris Consultos, utrum is qui vulgaritèr filio substituerat, voluisset pupillaritèr quoque substituere *Divi Marci, & Veri* Constitutione decisa controversia, & affirmativè est, & hoc jus cum obtineret *Modestinus* scripsit in *l. 4. D. de vulgari, & pupill. jam hoc jure utimur ex Divi Marci, & Veri constitutione, ut cum Pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur,*

sive filius hæres non extiterit, sivè extiterit, & impubes decesserit.

2 Hãc verò substitutionē pupillarē (ut aliquid de ipsius nomine dicamus) sunt qui credant nõ undequaq; rectè, à Nostris tacitã substitutionē vocari: nõ enim ex vi ipsa verborũ videtur sub expressa vulgari contineri. Certè hæc verba, *si hæres non erit*, quomodocunq; interpretata, nunquam poterant significare tacitè, aut innuere, *si hæres erit, & in pupillari ætate decesserit*, & non poterat constitutio, nisi verborũ *Genuinã* significationē destruisset, novamque ipsis dedisset, ut significarent facere. Quid ergo egit? illud nempè ut ex eo, quod pater in unum casum substituit, in alterũ substituisse intelligeremus, non quidē ex vi verborum, sed ex coniecturata voluntate ut rectè *Turam.* observat *Epist. Academic.* 7. hinc ab ipsa constitutione neq; volũtas suppletur, neq; substitutio ubi revera non est, subintelligitur, sed ubi est; hinc rectè subintellecta à lege hæc substitutio à *Goveano* appellata est: subintellecta quidèm nã *Divi Marcus, & Verus* sua illa cõstitutione attẽdentes nõ quod testator voluit (nã forsan qui in unum casum providit, alium omittere se velle ostendit) sed quod voluisse verisimile erat, & quod voluisse debuit, statuere in utrumque casum eum, qui in altero providerat, providisse intelligi.

3 Cum ergò hæc substitutio à lege ipsa introducta sit, mitiùsq; cum lege agatur, quàm cum homine, ut dici solet: quis credat, quis tàm iniquus, ut etiã in eo in casu à lege inductam velit in quo mater superstes sit, atq; propter illam à luctuosa filij hæreditate excludatur? equidem id cum expressum nullo iuris in loco videam, & argumentis rationibusque certandum sit, illis potiùs adhæream, & meliura existimabo, quæ communitèr ab *Interpretibus* pro matre, non ea quæ à nonnullis, inter quos *Faber* est, contra matrem adducuntur; quod ut justissimè facere me ostendam, quam facilè reijciantur, contraria demonstrabo.

4 Et in primis sub *num.* 12. testantis patris voluntatem adversùs matrem intorquet *Faber*, & ex eo quod in casum vulgarem alium potiùs, quàm illam substituerit filio, perpetuò eandem exclusam ab hæreditate voluisse deducit.

Sed occurrimus Respondendo, quod estò talis patrisfamilias voluntas, ut hoc interim pro absoluto demus fuerit, quoniam tamē nõ expressis verbis significata est, sed ex cõiecturis elici oportet, id fieri Imperatores noluère, & quando ex eo quod mater non substituit si filius hæres non foret, adversam uxori fuisse mariti voluntatem alij deducebant, Imperat. explusa hac coniectura, alteram illam deductam ex eo quod maritus non in casum pupillarem quoque matrem exclusit, undè non verum quod perpetuò exclusam voluerit, recepère, atque itã effecère ut voluntas quæ adversaria videbatur, amica foret, & coniecturam unam submoveret altera conjectura; hinc quod scribit *Ang. Mella*, nobilis Juris Consultus *Miscellan. cap.* 9. in hujusmodi specie, idest, matre superstite, legem quidem substitutionem pupillarem in vulgari subintelligere: at voluntatem testatoris obstare, parum esse tutum videtur; nam non absolutè obstare dici potest, quia & pro, & cõtrà explicationē recipit, sed dicendũ quod lex quæ cũ oppositũ expressum non est non quod homo facit, sed quod hominem facere honestum est, considerat, voluit testatorem uxorem non exclusisse, quòd sanè neque adversus protsùs voluntatem morientis patrisfamilias facit; quid enim si hic bonis proprijs, & cum talia forent privare illis uxorem voluerit ideoque non vulgaritèr filio substituit; at non privare eandē filij bonis, scil. cũ per aditione hæc illius facta erunt? an non in simili specie *Justinianus* in *l. ultima C. de instit.*
5 *& substitut.* excluso substituto ventri dato, *si posthumus non nasceretur*, matrem admisit ad impuberis filij hæreditatem? & quanquàm in specie illa, mater Instituta ex semisse proponeretur, quod proclivem mariti, & benignam voluntatem ostendebat, ut *Papinianus* ponderavit: non ideo ad speciẽm illam dumtaxàt *Justiniani* provisio est restringenda; quandoquidem, ut diximus, sufficit post Constitutionem non adversam expresè esse defuncti voluntatem, & nõ exigitur, ut apertissimè faveat. Cæterùm posset etiam in *Justiniani* specie aliquis *Faber*, ex eo quod in semisse defunctus uxorem instituit, deducere quod hoc contentam eam esse voluerit, & ab integra hæreditate excludere.

His adde, quod non ex sola voluntatis coniectura, quæ in specie proposita, sed etiàm ex ratione illa generali, *quod non debeat mater luctuosa filij hæreditate privari*, quæque militat multò fortiùs, quando ne ex parte quidem fuit instituta, motum *Justinianum*, disertissimè observavit *Cujacius obser.* 12. *cap.* 27. *in fine*. Adde etiam quod qui post Constitutionem simplicitèr in casum vulgarem providet, cum possit se exprimere de utroque, non obscurè innuit, velle secundùm constitutionis terminos testari, & matrem in secundo casu non excludere ut *Turam.* advertit, alioquin non per consequentiam, & coniecturam, sed apertis verbis extraneum præposuisset.

6 Sed hæc controversia, an mater & alij ascẽdẽtes per substitutionem pupillarē subintellectam in vulgari expressa à filiorũ hæreditate excludantur, nõ solũ apud *Repetentes* celebris

bris est, & vulgata, sed etiam apud *Pragmaticos* magnis contentionibus agitata, ut vel ex uno *Fusarij capite* 157. videre est; quamquam sæpè sæpiùs in Foro magis communitèr admissum fuerit, quod nos sentimus, & nequaquã matrẽ exclusam, nisi aliud obstet, ex Authoribus ab eodem *Fusario* ubi suprà *num.* 1. citatis, asseverati potest; nam illi & alios referunt, & de communi testantur, ut *Mantica de coniect. ult. vol. lib.* 5. *tit.* 14. *num.* 16. *Oddus de substitut. in præl. de compend. par.* 3. *quæst.* 7. *num.* 5. *Grassus in* §. *subst. quæst.* 30. *num.* 4. *Menochius præsumpt.* 39. *lib.* 4. *Cevallos comm. contr. comm. quæst.* 7. *Afflictus decis.* 38. *num* 1. *&* 5. *Tesaurus decis.* 200. *num.* 6. quamquam non desint qui idem quod Faber etiam ante *Fabrum* senserint, & adversùs matrem disputaverint, quorum nomina sunt apud eumdem *Fusarium nu.* 4. & inter quot eminent *Connanus, Viglius, & Vasquius.*

7 At apud Nostros quoniam obtinuit testatorum voluntates per conjecturas exponi, aut potiùs subverti, proposita quæstio etiam per conjecturas decidi solet; Undè & varias, & multiplices excogitarunt ex varijs circumstantijs quas *Fusarius* loco citato collegit, & *Barryus de successionibus, sub tit. an pupillaris tacita excludat matrem.*



CAPVT X.

Ad l. precibus 8. C. de impub. & alijs substitut.

SVMMARIVM.

1 *Quid hoc Rescripto contineatur.*
2 *Quomodo probetur illo communis sententia.*
3 *Effugium* Fabri.
4 *Occurritur.*
5 *Qui militare privilegium in citato rescripto contineri ajunt, quale sit non assignant.*
6 *Aliorum sententia de eodem.*
7 *Refellitur.*
8 *De secunda Rescripti parte.*
9 *Quid in Fabro observandum.*
10 *Expenditur ejusdem ratiocinatio pro communi sententia.*
11 *Quid Repetentes.*
12 *Quid Pragmatici.*
13 *De pacto apud Neapolitanos vulgò dicto novus usus nobilium, & an qui ad illud se alliga. i exprimunt in parte aliqua, videantur renunciasse successioni filiorum.*

1 FAmigeratum hoc *Diocler.* & *Maximil.* Rescriptum in *l. precibus* 8. *C. de impub. & alijs substitut.* duas habet partes; nam eum non satis expressisset *Patrona*, quæ consulebat, genus substitutionis, qua dati à marito quondam suo, hæredes impuberi filio fuerant: distinxère Imperatores, utrum in primum casum, an verò in secundum filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intrà decimum quattum ætatis annum, aut posteà pater substituerit; & in prima Rescripti parte Respondent de substitutione vulgari tractantes in hæc verba: *nam non est incerti Juris, quod siquidèm in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patris hæres extitit ad te omnimodo eius pertineat successio.*

2 Ex his autem quis non videt quod eum aliud Rescripturi viderentur Imperatores, quoniàm ex *Divi Marci, & Veri* Constitutione, de qua in *l. jam hoc jure D. de vulgari*, is qui in unum casum providet, & in alterum providisse intelligebatur, attamèn ita ut suprà rescribunt; quam verum sit quod nos cum cõmuni *Interpretum* sententia in antecedenti capite diecbamus, non subintelligi ex Constitutione *Marci, & Veri* pupillarem substitutionem, sub facta vulgari quoties mater in medio est, scilicet quoties superstes est impuberi defuncto filio.

3 At quia qui adversùs matrem disputant, ut hoc Rescriptum effugiant ad ipsos milites pertinere volunt, nam in eorum tantummodo testamentis non excludi matrem jactant, cum *Hugone, Donello, & Antonio Goveano*, è quibus plura huc transtulit *Faber* à *num.* 3. placet de hac *l. precibus* aliquanto latiùs differere.

Et planè quod ad milites dumtaxàt pertineat Rescriptum, non verba Imperatorum, 4 non ratio convincit. Etenim Primò nulla in verbis militatis privilegij mentio, ut solet aut iuris singularis significatio est; vocatur quidè testator miles sed ex facti specie, & quia fortuitò evenit ut non de alio casus proponeretur apud Imperatores (quod responsum *Fabro* volo, qui etraodi ex hoc verbo *miles* sumpsit occasionem *num.* 6. *&* 7.) Cæterùm ex eo quod prolatum; *nam non est incerti juris*, & infrà *ad te omnimodo ejus pertineat successio*, non obscurè ostenditur, ex generalibus Juris Regulis Imp. desumere decisionem, & ex iure apud omnes obtinente.

5 Secundò nulla Ratio urget, ut in proposito militate aliquod privilegium inducamus, nàm quale illud? forsitan quod excogitavit *Faber*, ut permittatur militi decedere pro parte testatus, pro parte intestatus? Non certè; nàm privilegium hoc militare est quidèm in eo, ut ità possit decedere: at non ut ità decedat

cedat sẽper, etiã quãdo in totũ testatus est, & quoties testatum decessisse possumus dicere; ideoq; dum Paganus qui partim testatus partim intestatus decedit, intestatus omninò decedit; militare privilegium erit, ut miles ad instar pagani non solum intestatus, sed etiam ut testatus in partẽ decedere possit, & magis, ac magis hoc privilegium clucesceт, si ut integrè testatus habeatur cum talis haberi possit, quod certè eveniret in specie proposita, si matrem exclusam à tacita pupillari subintelligeremus.

6 Et quanquam magis cautè Respondeant qui dicunt, privilegium militare consistere in eo, quod quando de militis agitur testamento, qui filium hæredem instituit, in unum casum, in eoque Mævium substituit, non videtur cogitasse de alio; Si substitutio pupillaris subintelligeretur sub vulgari, ex Juris interpretatione potiùs quàm testatoris voluntate id fieret; hoc in militis testamento, cujus meram voluntatem intuemur, non admittatur, ut *Viglius* Ratiocinatur, & post eum reliqui, inter quos sunt tamẽ nonnulli, qui ingenuè fatentur hujusmodi Ratiocinationem bonam non esse, inter quos vir doctissimus *Claudius Chiflettius de substitut. c.* 15. cui satisfacere conatur *Hubertus Gifanius* in comment. ad Codicem ad hanc *l. precibus*: Sed ita ut vix quid sibi velit, intelligi possit.

7 Attamen & *Viglij* etiam, & prædictorum ratiocinatio confunditur, nam omissa legis provisione secundum quam fatentur, debuisse in proposita specie substitutus admitti ex Constitutione *Divi Marci*; si solam voluntatem inspiciendam velimus, vel maximè in militum testamentis, adhùc quia ut *Faber* suprà ratiocinabatur voluntas ejus qui uxorem cum posset, filio noluit substituere, aliena est, vel ut nos docebamus, non adsistens, neque apertè favorabilis, nam nec in eo expressa quidem erga matrem benigna, illam saltem ex parte instituendo hæredem, ut in specie *l. fin. C. de instit. & subst.*; fuisset militare privilegium (si in hoc privilegium, ut mera, & pura voluntas militis attẽdatur;) excludere matrem in proposito, & admittere substitutum, qui saltem in unum casum, pro se voluntatem defuncti præferebat; nullum ergo habent quod assignent adversarij privilegium militare quo moti *Diocles. & Maximil.* ità ut suprà Rescripserint, sicut & nullum juris locũ ostẽdere possunt in quo dicatur militibus privilegium hujusmodi esse, ut & si filijs vulgariter substituant, attamen ab eorum successione in pupillari ætate decedentium, matrem non excludant.

8 Ad secundam Rescripti partem deveniamus; Imperatores in ea sic scribunt: *Si verò substitutio in secundum casum vel expressè, vel compendio, non usque ad certam ætatem facta reperiatur siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat hæredes, quos pater ei constituit, & adierint hæreditatem: si verò post pubertatem, tùnc ejus te successionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona quæcum moreretur patris ejus fuerint, a te peti possunt.*

Itaque in hac secunda Rescripti parte si substitutio in secundum casum facta, aut verbis expressis *si in pupillari ætate decesserit*, aut compendio, *si quandocunque decesserit*, subdistinguunt Imperatores, quo tempore filius decedat observato, nàm si intrà tempus pupillaris ætatis decesserit, eos qui expressè à testatore fuerant in substitutione vocati admittendos dicunt in omnibus bonis; sed si post pupillarem ætatem decesserit filius, tunc inflexa substitutione ex militis privilegio, de quo in *l. centurio D. de vulgari & pupillari*, mater quidẽ succedat, sed ab ea substituti fideicommissum petent, in quo fideicommisso continebuntur bona ipsius testatoris tãtummodo, non etiam defuncti filij, nam illa sunt, quæ fideicommisso continentur non hæc *l. cohæredi §. quod si hæredem D. de vulgari.*

Atque hæc nos de Rescripto, qui plura velit, adeat *Interpretes*, potissimùm *Cuiacium* ubi suprà 12. *obser cap.* 27. & *Gifanium*, nèc non & *Marcum Linklamam*, qui & quædam novare conatus est *membranarum* 1. *cap.* 2.

9 In *Fabro* autem observandum erit, quod ille hic sub *num.* 12. tertium verborum genus intèr *directum*, & *precarium*, nempè *commune* destruere conatur, & tàle non esse verbum *substituo* contendit, quod & *Hubertus Gifanius* loco suprà citato asserit. Verùm enimverò uterque minùs rectè: disputant enim adversùs apertum *Modestini* sensum in *d. l. iam hoc iure* 4. *D. de vulgari*. Is enim ibidem verbum *substituo* vocat *commune*; neque satisfacit *Faber*; dùm ait verbum *substituo* dici cõmune à *Modestino* habito respectu ad substitutionem vulgarem, & pupillarem; siquidem respectu harum substitutionum, directum potiùs dicendum fuisset, nàm non ideò quia tàm in una, quàm in altera substitutione eodem verbo uti possumus, erit verbum commune, quando in utraque, in eadem prorsùs significatione utimur; sed tunc commune dicẽdũ cum in diversa significatione, scilicet directò, & precario eodem verbo uti possumus; quod adeò verum ut *Faber* prædicta sua expositione minimè satisfactus ad alteram convolaverit *num.* 13. asserens quod verbum commune dixerit *Modestinus* verbum, sivè particulam illam *invicem*; quod planè ineptum fuit asseruisse.

10 Insuper si verum quod *Faber* contendit, verbum *substituo* directum esse, consequens

est,

est, si quandoque eodem verbo in precaria significatione Juris Consultos usoa invenimus,ut omninò commune esse dicamus,nempè directum, & precarium. Et quidem primò *Papinianus* Juris Consultorum omnium elegantissimus in *l.cum Pater 77.§.volo D.de leg.2.* substitutionem appellat eam,quæ nonnisi precaria, & fideicommissaria esse poterat; Neq; effugit *Faber* dicendo *n.14.* in proposita *Papin.* specie dubitari non potuisse,de directa nc,an de fideicōmissaria substitutione tractaretur,nā occurritur Respōdendo, quod quia certum de fideicommisso agi ideò non poruit verbo directo,uti Juria Consultus ad aliquid obliquum significandum, & substitutionem vocare fideicommissum, si protrsùs opposita essent.

Secūdò in *l.ut haredibus 50.D.de leg.2.* tractans utrum directò onerari legatarius posset utitur *Marcellus* eodem verbo substituere,pro fideicōmisso gravare atq; ita cōmunc supponit. His verò non obstat textus in *l.heres 39.§.hares institutus D.de periculo, & admin.tutorum* nam quod dicitur ibi, hæredem non habuisse substitutum,quamvis fideicommisso gravatum,in eo sensu dictum est; quod cum proponeretur hæredem non adesse intelligeremus oon adesse substitutum vulgarem, sicuti si scriptum foret, quod substitutum vulgarem non habuit, unde modus loquendi excludit non substitutos omnes, sed vulgarem dumtaxat.

11 Sed si à *Repetentibus* quæras,& à *Pragmaticis* quid de compendiosa substitutione dicendum sit, deque pupillari sub ea comprehensa, & an hæc quoque excludat matrem,& an à legitima? variè Respondebūt,& opposita,ut in *cap.242.* ejusdem *Fusarij* videre

12 est; melioribus tamen placuit plures esse distinguendos casus cum *Mercuriali Merlino de leg.lib.3.tit.2.quæst.14.* atque illud potissimum inspiciendum, an verbis communibus, an verò cum expressa temporum enumeratione substiturio facta proponatur: quippè si primo modo,idest absque temporis expressione sit facta, quia censetur fideicommissaria substiturio, matrem non excludet à legitima, secus secundo modo, quia veluti expressa pupillaris habebitur. Vide *Martam de success. legali par.4.q.30. art.5. à num.26.* & *Barry loco citato*, à quibus non discedit post *Surdum decis.273.* *Conf.Hodierna in observat.* quamquam *Faber* etiàm conjecturis procedendum in proposito voluerit in *Cod.lib.6.tit.8.de impub.& alijs substit.defin.3.* & passim.

13 At quoniam inter potissima substitutionis pupillaris momenta illud est, quod matrē pupilli ab ejusdem successione excludat, & circa hoc exortæ tot controversiæ fuerint nōnullis ex Doctoribus adversùs matrem,plerisque pro ea disputantibus, ut patet ex his quæ diximus quæve in sequentibus sumus dicturi; Visum nostris Neapolitanis expeditiùs meliùsq; fuit,quoddam pactum sivè usum inducere (à nobilibus platearum primò receptū, ideòque nobilium dictum) quo parentes ambo non solum mater, citra ullam substitutionem ab impuberis filij decedentis successione excluderentur. Et quanquam habeat hic usus quatuor, aut ut placet *Reg. Merlino contr.2.cap.49.* tria capita,nempè primum respicieos Constitutionem, & lucrefactionem antephati,secundùm limitans,& dans Regulam circa facultatem de dotibus disponendi, tertium cootinens renunciationem reciprocam parentum successioni filiorum, sivè eorumque pareotum à prædicta successione exclusionem, ut videre est apud *Camillum Salernum in Addit. ad consuet. siquis vel si qua moriens,& Afflictum decis.237.* qui prædicta capita enumerant, & exponunt, & à quibus reliqui;attamèn revera illud, aut tanrum,aut potissimum induxit (nam in reliquis duobus jàm à veteribus consuetudinibus provisum præcipuè sub rit.*de jure quarta, & de muliere habente filios qualiter disponat*)quod tertio loco enumeravimus, nēpè exclusionē à filiorū successione in pupillari ętate decedentiū,aut ab intestato, ut ingenuè fatentur *Conf.Provenzalis in obser. ad consuet. siquis, vel si qua obser.15.Reg.Capyc.Latro consult.61.num.19.* & *Conf.de Georgio alleg.23.* unde concludunt, nil aliud est novus usus, quam mos renunciandi successioni filiorum.

Hinc cum in quadam lite de opulentissima hæreditate,inter alia disputari contingeret, an qui Exteri (exteros namq; in hac materia appellantur etiam qui Cives sunt, at non gaudentes hooonibus platearum) an, inquam qui exteri expressère,velle se obligari ad usum novum platearum, & secundum hunc, contrahere quo ad potestatem disponendi de dote mulieribus data, videantur eo ipso prædictum novum usum recepisse,atque ita à filiorum præmorientium se exclusisse successione? scirem quamvis *R. Merl.* ubi suprà, & *R.Capicium Latro decis.35.* negativè decisum retulisse ea adducti ratione, quod cum hic novus usus,saltem respectu exterorum,pactum sit,non lex sivè consuetudo, non potest operari nisi quoad expressa tantum,nam Regula est,pacta tantum valent quantum sonant. Attamèn ego qui Actoris agoati partes,adversùs matrem defuncti Patronu apropugnabam, affirmandum esse defendi, & in proposito eo ipso quod contrahentes dixere se velle novo usui subijcere, & si adijcerint quo ad facultatem de dote disponendi,statim se exclusisse à successione filiorum contendendam;idque non solum quia capita

quæ

quæ novus usus continet inter se colligata, sūt, unde qui uno se subjicitur videtur, & cæteris se subjicere ut ratiocinabatur *R. Revitus* in illo suo *cons.* 99. sivè quia unum caput in aliud influit; sal tém caput restitutionis dotiū de quo agi non poreft, nisi etiā de successione filiorum tractetur, & quia novus usus consuetudo, & lex est quæ paritèr, & quo ad omnia ligat, & alijs ex tarionibus quibus moventur qoi sentiunt nobiscum, adductæque sunt ab eodem *Reg. Merlino* ubi suprà; sed movebat quia cum revera, ut dictum est, novus usus non aliud contineat quam exclusionem à successione, nunquam & in nulla re poterimus dicere contrahentes novo usui se subjecisse, nisi dicamus renunciasse successioni, alioquin, ut idem *Merlinus* fatetur *n.* 10. *& sequenti* submissio novo usui prorsùs inutilis remanebit, & supervacanea, quod admittendum non est etiam si verba aliquantò protrahere opus foret; & certè cum jam per antiquam cōsuetudinem provisum fuerit limitādo mulieri facultatē disponēdi de dote, qui dicunt circa facultatem disponendi se novo usui submittere, aut aliquid supervacaneū, & frustratorium paciscuntur, aut aliquid aliud, scilicet id quod novus usus importat, & non fuit per antiquas consuetudines introductum, se velle ostendunt; hæc autem voluntas adhùc daro quod pacta tantum valeant quantum sonant, facit ut debeamus fateri in præsenti, malè conceptum fuisse pactum, erratū quidem in transcribendo, at revera pacisci, & utilitèr pacisci contrahentes voluisse; cum hujusmodi novi usus mentio nonnisi ex conventione, & peculiari provisione in tabulis nuptialibus apponi soleat; & cum de voluntate simus certi error scribentis nocere non debeat juxta Regulam *l. si librarius* ad quam *Iacobus Gothofredus D. de reg. juris*. Ad hæc si talis qualis, & generalis voluntas se novo usui submittendi, fuit visa sufficiens *Camillo Laratha cōs.* 116. *n.* 76. *Reg. de Marin. lib.* 2. *cap.* 56. *n.* 15. Cur nō idem hic? & esto quod hic novus usus à principio pactū speciale alicuius quarterij fuerit; dū nūc cōsuetudo est, cur nō ut talis estimanda? nam si quis ad Hispanicam aliquam legem, aut cōsuetudinem se alligari velle exprimat, nemo dicet ad unū aut altetū casum illios alligatū nō ad omnes se velle; sanè dum *Merlinus* novū usum quo ad sedilia factum consuetudinē fatetur, & legem, saltèm nobilium Neapolis, ut negate non audet *num.* 19. cur non ut lex ligabit? cum recipitur? Cur non sufficiet ut quoquo modo ad eam contrahentes se remittant? & ut ad Argumentum adversariorum Respondeam, dicam aliter est pacto contraheotes complecti unum aliquod caput earum dispositionum quæ in lege extetorū sunt, sed de eo nulla facta legis mentione conveniendo; aliud convenire de se legi illi subjiciendo licet exteri, atque aliquid de lege exprimere, licet non integram illius dispositionem exprimant. Primo enim casu ligabuntur ad pactum expressum. Secundo ligabuntur quidem in vim pacti, sed ad totam integrā legem, & pactum tātum valebit quātum sonat, ad hoc ut exteras, quia ad unam legem se alligavit, non videatur se alligasse ad reliquas, ad quas tenentur Cives; at non ut alterum tantum Caput illius legis, non integram recipiat. Quod tamēn dico supposito quod plura Capita novus usus contineat, ut credunt adversarij, cæterùm cum unicum tantum habeat, nempè renunciationis successioni pactum omnimodè de hoc uno explicandum est, ut dixi.

Hæc ego pro Cliente allegabam, sed lite in longum protracta, ut fieri solet causa huc usque decisa non fuit.



CAPUT XI.

De breviloqua, & Reciproca substitutione ad l. in testamento 6. C. de testam.

SUMMARIUM.

1 *Quid in hac materia substitutionis sentiendum.*
2 *Quid dicendum de substitutione vulgari.*
3 *Quid de breviloqua.*
4 *Potest defendi quod substitutio breviloqua matrem non excludat.*
5 *Explicatur l. testamento 6. C. de testam. militis.*
6 *De secunda specie dicti textus.*
7 *Respondetur obiectioni.*
8 *Notatur Faber.*
9 *Notatur Interpretrum quæsitum.*

1 QUI diligentèt verba, quibus usus fuit testator inspiciat, attendatque etiām ad ejus voluntatem, & teneat ea quæ juris libris, responsa, & constituta sunt; is proculdubio in hac substitutionum materia. non se intricabit intèr voluminosas *Interpretum* nugas, neque tām multa admittet cum *Fabro*, adversùs receptas sententias, & adversùs ipsa Jurisprudentiæ Principia.

2 Itaque si quis cum filio suo in primum casum substituebat, usus hac formula fuerit, *si heres non erit, Caium substituo*, quid voluerit satis

jàm intelligimus; Scimus etiam quod ex *Divi Marci* Constitutione inducitur, ut in primo casu verbis expressis, in secundo subintellectis Caium substituisse videatur, eo modo, ac si dixisset, *sivè hæres erit, & in pupillari ætate decesserit*. Er denique ex juris tarione, & *Interpretum* magis Recepta sententia tenemos quod in hujusmodi substitutione id quod ex vi, & provideotia legis subintelligitur, non est subintelligendum, si mater pupilli superstes sit, quoniam tunc quod expressum tantum operabitur, & lex oon supplet, nam noluit in præiudicium marris.

3 Rursùs si quis duos quos babet impoberes filios instituens, *eos ad invicem substituat*, usus hac formula, quam esse breviloquæ substitutionis Nostri dicunt, tunc quia non unum tantùm casum exprimit testator, sed utrumq; *ex ipsa verborum vi*, *quæ utrumque* complectitur, & exprimit; supplerione opus non est, aut subintellectu legis, ut cuique patet. Hinc malè *Faber n.*5. hanc quoque formulam *eosque invicèm substituo* ad primum dumtaxàt casum nititur coangustare, & restringere; quando ut diximus secuodum quoque vi ipsa verborum complectitur; & quis noo videt quod dum pater qui poterat primum tantùm casum vulgari more complecti, voluit generalitèr loqui, exprimere utrumque voluit.

Hinc etiàm *Modestini* in *l. iam hoc jure* 4. clausula illa, *quod ius ad tertium quoque substitutionis genus tractum est*, non aliud significat quam quod *Divi Marci* Constitutio à Iutis Consulris ad hanc quoque substirutionem reciprocam fuit adaprara, non eam extendendo de casu ad casum, ut credit *Faber* in præsenti; sed admirtendo in substitutione reciproca quod ille sanxit io difficilioribus terminis; At quia quanto minùs à lege, sivè Coostitutione pendet pupillaris sub breviloqua substitutione conrenta, tantò magis verbis testatoris, & voluntare innirirur; ideò juxtà à nobis suprà posita priocipia, validior est adversùs matrem eamque excludere poteos, ut sentijt *Accursius* in *Glossis* ad *l. Lucius* 45. *D. de vulgari*, & post eum plerique delusi obrepritijs verbis illius textus.

4 Videamus tamen an tentari possir, quod substitutio pupillaris sub expressa breviloqua ex Constitutione *Divi Marci* subintellecta cesset, matre in medio existente. Planè si diceremus, quod is qui filios ad invicem substituerit, ut in secundo casu, nedùm in primo substituisse intelligatur lex faciat, & non vis & sentèria verborū defuncti, quæ quamvis apta utrumque casum compræhendere, non possunt tamen insimul utrumque exprimere, nempè si hæres non erir, & si erit; poterimus ad matris favorem concludere, quod sicut lex subintellectam substirutionē pupillarem nō admittit sub vulgari cum adsit mater in medio; ita nèc sub breviloqua admittat.

5 Et probare quod dicimus *Alexandri* Rescriptum in *l. testamento* 6. *C. de testamento militis*, poterit, modò rectè explicetur, & in hūc modum; in prima parte dum dicit substitutionem reciprocam à Pagaoo filijs imparibus factam non continere, nisi nnum dumtaxàt casum, scil. eum, in quo possit utrumque filium pater compræhendere, qualis est vulgaris casus. Er hoc iplum dicit inductum ex Constitutionibus Divorum Parentum *Severi*, nēpè, & *Antonini*, ut exprimit *Modestinus in d. l.* 4. §. *sed si*, indicat *Alexander*, quod citra Constirutionem oppositum futurùm fuisser, nàm verba apta utrumq; casum compræhendere, utrumque compræhendissent, aut saltèm compræhendisseot ex *Divi Marci* Constitutione, id autem ne fieret *Severum*, & *Antoninum* verasse.

6 At in secunda patte de sequenti specie Imperatot tractar. Quidam miles sibi hæredem filiam soam impuberem, itèmq; *Valentinum* frattem scripserat, eosqoe invicem substituerat; filia in pupillari ætate defuncta, mater superstes sibi hæreditatem ex *S. C. Tertull.* vindicabat. *Valentinus* ex adverso ad se spectare contendebat ex substitutione, quæ non à pagano, sed à milite facta, quamvis disparibus, poterat utrumque casum complecti; hæc saoè tatio demostrasset non solum iniustè matrem adversatam substituto, sed perfunctoriè, & ineptè Consultum Imperatotem, nisi potuisset replicare matcr, & fortè replicasset quod hujusmodi substitutiones pupillares subinrellectæ non possunr eam excludere; quod quia verum, hinc orta dubiraodi Ratio, hinc causa Imp. consulendi, qui cum parte ex una, admirteret, sciretque substitutionem pupillarem subintellectam, & ex *Divi Marci* Constitutione in vulgari compræhensā, quamquam sub breviloqua matrem excludere oō posse, nam nō indueenda venit. Et parte ex altera videret, quod miles fuerat is, de cujus testamēro agebatur, qui dū cohæredem scripserat frarrem filiæ suæ, non uxorē, ostenderat suam volunratem in fratrem potiùs quam in uxorem propensam; mediam viā tenens jussir ad factum descendi, & ptobare frarrem oportere, quod voluit testator ipsum, non matrem impuberi filiæ succedere.

7 Quod si dicas hac expositione admissa nullam intèr pagaoom, & militem futoram differentiam, Respondeo quioimmò & maximam futuram, etenim in pagani testamento, ideò substirurio breviloqua quando facta filijs imparibus non continet pupillarē, quia apra non est dispares ætate comprehendere, nam tùnc breviloqua cum vulgari pupillarē

etiã continebit in testamento pagani cũ filijs ambob. impuberibus facta est. At in testamẽto militis aliud obtinet, nã breviloqua & si filijs impuberibus facta, attamèn utrumque casum complectetur, & habebitur uti vulgaris, & pupillaris; hinc in proposita specie mater, si de pagano tractaretur esset quidem admissa, sed quia ob imparem filiorum ætatem nulla substitutio pupillaris adfuit, Ideo admissa, non speciali quadam ratione, & quia mater: sed ut quilibet alius successor ab intestato, qui non superstite matre ab intestato venit; At quia de militis testamento tractatur admittitur quidem mater, sed non quia breviloqua non continet pupillarem, Sed quia specialis ratio matris facit ut & si aliàs posset continere nunc non contineat atque ita non subintelligatur, quia mater in medio est, hinc si mater non adesset, quia cõtineret substitutionem pupillarem breviloqua, substitutus non successores ab intestato admitterentur.

8 Hæc autem cum ita sint constat in exponenda hac *l. 6.* minus rectè *Fabrum* differere. Primò dum ait ideò breviloquam in testamento pagani non continere pupillarem, quia *D. Marci* Constitutio qua id poterat induci, ad substitutionem factam imparibus filijs non pertinuit; siquidem ne ita affirmemus facit *Severi, & Antonini* sequuta sanctio quæ vetuit Constitutioni *Marci* locum esse supponens citra prohibitionem alitèr eventurũ, atque ita etiam (liberis disparibus) *Marci* Cõstitutioni locum futurum. Secundò, dùm contendit in militis testamento non esse locum Constitutioni *D. Marci* quando oppositum vetum est, nèc quia ad militis testamentum non pertinuit sanctio *Severi* hoc ideo sub priori dispositione *Marci* generalitèr obtinente non remansit.

9 Cum autẽ dixerimus, in eo differre paganum à milite, quod si paganus faciat substitutionem breviloquam filijs imparibus, in primo tantùm casu substitutio valebit: at si miles faciat, valebit in utroque; sed mater superstes faciet, ut in militis testamento non alitèr admittatur in secundò casu substitutus, quàm si ità voluisse testatorem probetur; ex hoc evidentèr apparet, malè quosdam ex *Interpretibus*, cũ quibus & *Faber*, disputare, utrum facta substitutione breviloqua à Pagano liberis imparibus, mater à pupilli filij hæreditate excludatur? nàm quæso à qua substitutione in proposito excludetur mater? à pupillari quæ non adest, vetante eam adesse Constitutione *Severi, & Antonini*, an à vulgari, quæ & si adsit matrem non potest excludere? fateor quod in testamento militis, rectè id quæritur; nàm ad hoc non pertinet hæc constitutio; Proindè quod *Paulus* Respondet in *l. Lucius 44. D. de vulgari*, non obstat prædictis, neque iuvat adversariorum assertiones; nam & si ibidem Juris Consultus, ex eo quod naturali filio non poterat pupillaritèr substitui, substitutum exclusit, cur de tacita pupillari tractaverit, & an illa voluerit excludere matrem non video, quandoquidem nulla ibidem tacita pupillaris apparet; etenim substitutio à pagano facta proponitur liberis imparibus: ergò his, qui ità ratiocinãtur, substitutione facta à pagano filio puberi, & impuberi, aut filio legitimo, & naturali, & filio tantùm naturali, non admittetur substitutus; ea nimirum ratione, *quia in primum tantum casum substitutio valebit*, non vero illa *quia mater superstes est*, facilè ratiocinationem concedam; nàm id ipsum sentio, si non mater, sed alius quilibet proximus ab intestato successor superesset; Verum quæstio, an tacita pupillaris excludat matrem, tùnc locum habet, cum pupillaris terminis habilibus positis, possit subintelligi quod in filijs disparibus, tantummodò in militis testamẽto evenit, unde nõ locus est quæstioni cũ pupillari locus esse nõ possit.

Concludendum igitur, quod nequaquam *Paulus* probat opinionem illorum, qui etiam per tacitam excludendam matrẽ arbitrantur. Et proindè fallitur Vir alioquin acutissimus *Antonius Aug. 3. emendat. cap. 1.* & post eum *Faber*: & si animadverterint, & rectè, glossemma illud, quod à *Florentinis Pandectis* abest, & ex *Ora* in textum irrepsit in vulgatis reiiciendũ esse, & *Jacobo Cujacio*, qui levissima ductus conjectura retinẽdum voluit *obser. 17. c. 27.* non esse adsentiẽdum, dixerint, nàm nõ solũ à *Florentinis Pandectis* abesse, itemq; ab omnibus bonis libris, cuiusmodi sunt *Gothofredi, Russardi, Duareni*, & similium, Sed etiàm à *Basilicis lib. 35. tit. 10. c. 45.* itemq; ab *Ecloga Basilicorum* iisdem locis, nèc verò simile est *Florentinum* ut ait *Fabèr*, quinimò (ut addo ego) umnes libros etiam *Græcorum* adeò mancos, & mutilos, ut tot lineis caruerint, quibus rea magni ponderis continebatur.

Attamèn adversùs hæc, quæ diximus *Interpretes, & Pragmatici* passim disputant; dũ mordicus tenent, primò, substitutionem pupillarem in reciproca contentam, adeòq in breviloqua, nequaquã esse subintellectam, & tacitam, uti illa est, quæ sub vulgari continetur, sed esse expressam, ut à principio diximus, & adnotaverant *Glossatores in l. in testamento C. de testamento militari*, & *in l. precibus C. de impub. & alijs substitutionibus*; deindè & ex hoc deducunt ab huiusmodi substitutione matrem exclusam venire, ut post innumeros *Mantica de coniect. ultim. volun. lib. 5. tit. 3. nu. 6. Trentacinquius*

de

de substit. par. 2. cap. 76. Grassus in §. substit. quæst. 56. Menochius, Spino, Gallus, & cæteri penes Fusarium quæst. 258. concludunt.



CAPVT XII.

De substitutione directa, an, & quando flectatur in fideicommissariam.

SVMMARIVM.

1 *Qui affirmant substitutionem directam flecti posse in fideicommissariam.*
2 *Qui negant.*
3 *Defenditur affirmativa sententia.*
4 *Ex tex. in l. verbis civilibus.*
5 *Item ex l. Scævola 26.*
6 *Quid dicendum in militis testamento?*
7 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*

1 ETsi maior pars Interpretum, inter quos, *Hugo Donellus Comment. 7. c. 17. P. Gregor. lib. 42. cap. 27. nu. 8. & Vaconius 4. declar. cap. 64. n. 11. & 6. cap. fin. nu. 27.* in eam sententiam descenderint, ut substitutionem à Pagano factam directò per verbum commune *substituo*, aut aliud simile, flecti velint in fideicommissariam post pubertatem, voluntatis conservandæ gratia.

2 Non desunt tamen qui reclament, & nullo modo flecti posse contendant, habentque pro se ex Neotericis nonnullos, quos citat *Osualdus* in notatis ad *Donellum lib. 7. cap. 17 lit. E.* & ex antiquis pleros que, adeò ut *Jason n. 19. & Ripa n. 69. in comment. ad l. verbis civilibus D. de vulgari* de communi id admissum testentur, & horum protrita argumẽta hic *Faber* tanquam suas coniecturas nobis venditat.

3 Mihi prior sententia placet, quam verissimam esse, & dignam existimo, ut protestamentorum, & morientium favore, in quem leges nostræ adeò proclives sunt ab omnib. recipiatur. Hoc verò cũ possem pluribus convincere non agam, quia alij egere, solummodò dilucidè ostendam id prorsus probare Responsa in *l. verbis civilibus D. de vulgari, et in l. Scævola 76. ad Trebell.* nàm hæc sunt, quæ potissimùm ad hanc quæstionẽ faciunt, & quæ variè explicata hinc indè trahuntur.

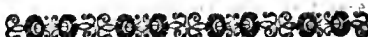
4 *Papinianus* itaque in *l. verbis civilibus* sic ait: *verbis civilibus substitutionem post quatuordecimum annum frustra fieri cõvenit. Sed qui non admittitur, ut substitutus, ut adiectus heres quandoque non erit: ne fiat contra voluntatem si filius non habeat totum interim, quod testamento pater dedit.* Ex primis verbis intelligimus ultrà quatuordecimum annũ frustrà fieri pupillarem substitutionem: at *verbis civilibus* frustrà fieri, idest *directis*. Nam sic loquitur Iuris Consultus, ut dum directò frustrà ultra 14. annum, substitui dicat, non excludat, quin hæc ipsa substitutio obliquè valere possit post pubertatem, sitque prorsus inutiliter facta; hinc malè *Faber num. 3.* illud adverbium (*frustrà*) adeò generalitèr accipit, ut nullo prorsus modo valere substitutionem velit, nõ animadvertẽs co uti *Papinianũ* relativè ad illam clausulam *verbis civilibus* cũ de reliquo, non solum non dubitet quin substitutus per fideicommissariam admittendus sit, sed fortiorem tractat casum, an scilicet etiam cum ipso filio sit admittendus? atqui ta an cohæres etiàm sit, nedum fideicommissatius; & quanquam id neget; attamen cum de eo dubitaverit, & in disquisitionem vocaverit, ostendit fallũm *Fabrianum* assumptum, ad nihilum prorsùs valere substitutionem, frustraque omninò esse factam. Rursùs dum rationem reddit, ibi, *ne fiat contra voluntatem si filius non habeat totum interim, &c.* quis non videt qnàm scrupulosè *Papinianus* substitutum excludat, nam veritus, ne crederemus, etiam à fideicõmisso post mortem filij illum excludere paulo antè *hares* dixerat *quandoque non erit*, idest *aliquando*, sive per aliquod tempus, non (ut malè *Faber* explicat,) hæres nunquam erit; quasi non etiàm lippis pateret, aliud *quandoque*, aliud *nunquam* significare, & postea adijcit significantissimè, adverbium *interim*, ut ostendat non semper excludere, etiàm à fideicommisso.

5 At cum *Papin.* assẽtitus *Scev.* etiam in *l. Scævola 26. ad Trebell.* apertè respondeat substitutionem pupillarem directam verti in fideicommissariam, ut tergiversari nullo modo possit; opponunt Adversarij, cum quibus *Faber* hic *nu. 4.* speciali de causa ibi ita Responsum fuisse; quia substitutio directa non suo loco, nempè non in testamento, sed in Codicillis facta erat; quod ipsum, & verissimum est, & convincit, verissimum esse quod nos admittimus, falsum quod illi negant substitutionem directam flecti in fideicommissum; Cæterum, aut non credendũ *Fabro* quod Casus in *d. l. Scævola 76.* valdè singularis fuerit, dignusque benigna interpretatione, aut dicendum, & talem esse etiam illum, de quo nos agimus; nam in utroque non aliud fit quam flecti quod directè factum est in obliquum, ad sustinendam defunctorum voluntatem.

6 Sed videamus quid in testamento militis dicendum sit; & quia miles etiàm post pubertatem potest filijs directò substituere, non

debet substitutio, quæ jure directò valere potest, flecti in fideicommissum; undè iustè *Iacob. Cuiac. 11. obser. c. 25. à Fabro* hic reprahēsus videtur præsertim cum illius assertio ex tex. in *l. in testamento 6. C. de testam.* non probetur, quippè ibi non ideò in fideicommissum substitutio flectitur, quia directò miles substituere hæredibus dispatibus non poterat, sed quia cum mater in medio esset, admittenda hæc substitutio non videbatur, aut saltèm non ex legis interpretatione, sed ex voluntate militis, quæ probari oportebat, ut dicebamus in capite antecedenti ex cuius dictis tesselluntur quæ iterum hic *Faber num. 37.* replicat persistens in perpetuo suo errore; dum non ponderat quid Constitutio *Severi*, & *Antonini* de qua apertissimis verbis *Modestinus*, induxerit.

7 Verum tamèn est, hoc ipsum quod *Faber* hic agere voluit, contendens substitutionem directam pupillarem non posse post pubertatem in fideicommissariā flecti, agere quoque *Mantica de coniect. ult. volun. lib. 7. tit. 3. n. 4. & seq. Vasquius de success. progress. §. 11. n. 29.* & qui *Pragmatici* hos sequuntur voluerant, & si tamen assertionem hanc limitauerint in aliquibus casibus, de quibus *Fusarius quæst.* 159. imò plerisque placuit, non flectendam substitutionem pupillarem in fideicommissariam, & si pater postquam illam fecerit prohibitionem alienandi extrà familiam adiecerit, quia voluit bona conservari in agnatione *Peregrinus in decis. Rota decis.* 134. *n. 27. & seq.* Farinac. *decis. Romana* 136. & 473. *n. 2.* aliàs in 4. *parte decis. novissimarum collectarum à Farinac. p. 1. decis.* 19. qui & in fortioribus terminis id ipsum admittit; sed vereor ne in huiusmodi sētentia non sibi contradicant, ut solent, *Pragmatici*, nam si fatentur ex voluntate testatoris posse substitutionem directam flecti; iàm in hoc casu satis de voluntate constat, dum ipse testator postquàm substituit pupillariter bona alienare prohibuit, idque etiam à substitutis. Nèc replicare iuvat cum eodem *Farinacio* hanc prohibitionem intelligi factam, si modò substitutioni pupillari locus fuerit; nàm cum nimis generalem fuisse voluntatem testatoris alienationem prohibendi, adiecta tatio, ut bona in familia conservarentur, ostendat, non debet restringi ad casum illum dumtaxat si filij in pupillari ætate morerentur; nisi velis prohibitionem filijs factam, non substitutis, quasi quod filij in pupillari ætate valerent, alienare; rectè ergò *Rota* apud eundem *Farinac.* a se ipsa discessit, & aliud decidit, ut *Fusar.* advertit *cit. q. 159. n. 13. in fine.*



CAPVT XIII.

Iterùm ad l. precibus 8. C. de impub. & alijs subst.

SVMMARIVM.

1 *Explicātur illa legis verba veluti ex causa fideicommissi.*
2 *Refutatur Faber.*
3 *Et ab eo proposita emendatio.*
4 *Pugnantia Faber asserit.*
5 *Quid Repetentes de substitutione militari.*
6 *Quid si mater sit in medio.*
7 *Temperamentum Menochij.*

1 Dicebamus paulò antè verum esse quod *Faber* adversus *Cuiacium* asseverat de militari substitutione, quod valeat iure directo etiàm post pubertatis annos, & in hoc consistere militis privilegium advertimus; quoniam à Pagano facta valet quoque, sed inflexa in fideicommissariam; nùnc iisdem insistentes quod in *l. precibus* 8. *C. de impub.* ab Imperat. scriptum est, *veluti ex causa fideicōmissi bona, quæ cum moreretur, patris eius fuerunt à te peti possunt.* Ità explicamus, ut Interpretibus, qui communiorem sectantur sententiam, concedamus, quod mater, quæ in medio est à substitutis non excluditur in proposita specie: sed dummodo substituti non probaverint testatorem voluisse matrem excludere, quod benè potetunt, ut in *l. in testamento 6. C. de testam.* hoc autem probato ex defuncti militis voluntate fideicommissum petent substituti, ut in *d. l. 6.* Imperat. dicunt, in illis verbis *veluti ex causa fideicommissi bona à te peti possunt*, & quidem veluti ex causa fideicōmissi, quia hoc fideicommissum non dispositione innititur, sed voluntate; hinc non *ex fideicommisso*, sed *veluti ex causa fideicōmissi*, Impp. qui propriè, & partitè loquebantur scripsère; & rursùs dixère *peti possunt*, ut innuerent fieri posse, at non omninò futurum, & certò, quid enim si substituti non probent hanc voluntatem? pendet enim quæstio ex facto, & ideò non scriptum est absolutè *vindicabunt.*

2 Hæc cum ita sunt, apparet minus verum quod *Faber* ait in specie huius *l. precibus*, substitutum directò succedere siquidem succederet ità, si mater in medio non esset; at illa extante, quia substitutus, non tam ex dispositione militis succedit, quam ex eiusdem probata

bata voluntate, ideo non solum, non directò succedit, sed nec verè, & propriè ex fideicommisso. At cum quadam improprietate, & ut superius exposuimus, *veluti ex causa fideicommissi*, quæ verba cum in omnibus libris habeantur nulla conjectura, dispungi possunt
3 quicquid argueretur *Faber* hic *num.22.* & sanè si legas cum ipso *tunc eius te successionem obtineato bona u te peti possunt*, protsùs obscuros, quinimmò, & sibi contradicentes Imperatores efficies. Rursus retinendam clausulam illam *si intra decimumquartum annum, aut postea decesserit*, nemo negabit qui viderit rectissimè utramque substitutionem exprimere, pupillarem in his *si intra decimumquartum ætatis annum*, compendiosam in his, *vel postea* quibus ostendit testator, nolle restringere substitutionem ad decimumquartũ ætatis annum, & per consequens ad pupillarem, sed ultro protrahere, ut omnes Interpretes *Antiqui*, & *Neoterici* exposuère.

Ad hæc dicendum verba *adierint hæreditatem*, aut quia ita ex facto proponebatur prolata, & proinde legendum, *& adierunt hæreditatem*, vel dicendum ab Imper. adiecta fuisse ex communi usu loquendi, & ut dum ad mulierem rescribebant penitùs Juris ignaram, eam undequaque edocerent, & admonerent.

4 Denique suavis est *Faber*, qui cum admittat in specie *l.6. C. de testam.milit.* non alitèr substitutum vincere posse matrem, quàm si probaverit testatorem ità voluisse, atq; ità concedat, potiùs ex militis probata voluntate, quàm ex substitutione subintellecta (quæ alioquin non admitteretur adversùs matrem) substitutum vincere; deindè asserit hunc substitutum directò succedere, & non per fideicommissum, quasi quod militibus datum esset, non solum, ut libet non observata legum sollemnitate disponere; sed etiàm, ut quodcunque disponant, & quomodocunque semper directo valeat, quod dispositum est. quod certè cum in libris nostris nunquam scriptũ sit, relictis *Fabrian.* magis dicamus verum quidem esse, quod miles possit substituere directò, etiàm infrà decimumquartum annum; Sed si hoc expresè non egerit, & per breviloquam substituerit, si mater superstes sit, (non alitèr, quàm in Pagani testamento) substitutio in casum vulgarem dumtaxat facta intelligetur, ut matrem non excludat; quanquam si ulteriùs progrediatur substitutus, & militem substituere eum voluisse, etiàm in eo casu, quo mater superstes sit, probaverit, tunc mater per fideicommissum onerata censebitur, ut substituto restituat; & hoc ipsum in substitutione etiã facta duobus imparibus hæredibus dicendum erit.

5 Sed *Interpretes* vulgares, & eorum sequaces *Pragmatici* admittunt substitutionem factam à milite verbis compendiosis, ut loquuntur, sempèr valere iure directo, idest etiã post pubertatem, vocandamque tùnc directam militarem; nàm ità *Glossa* in hac *l. precibus C.de impub.& in l.Centurio D. de vulgaris* & post eam *Cinus, Baldus, Albericus*, & similes docuerant, ita quoque *Trentacinq.de subst. p.4.cap.8. Oddus de compendiosa p.5.q.3.art.3. Did.Spino in speculo testat.tit.de compend. n.6. Gallus, Fusarius*, & alij contendunt.

6 Illud verò in controversiam ponunt, an si mater in medio sit, substitutioni directè militari sit locus; nàm sunt qui negant, & in fideicommissariam verti volunt, favore matris post *Glossam, Albericum, Bartolum, Baldum, Salicetum, Angelum Castrensem, Aretinum, & Corneum ad hanc l.precibus, & Alciatum, Imolam Joannem Cinum ad d.l.Centurio*, cum quibus, & alijs idem *Spino* ubi supra *tit. de compendiosa n.8.*

Sunt etiam qui affirmant, & cum ijsdem ferè *Repetitib.Baldo, & Bart.ad l.Centurio* cũ *Fulgosio, Cagaolo*, & reliquis, qui omnes iure directo, tanquam directam militarem substitutionem valere volunt, & id *Joannes, Corasius ad l.Centurio n.54.P. Leonius de compendiosa n.93.Vasquius de compendiosa num.109. Oddus, Trentacinquius* suprà citati, & alij admittunt.

7 *Menochius* vero *Pragmaticorum* doctissimus, credidit has sententias posse conciliari ex conjecturis, & præsumptionibus ut videre est apud eum *præsumpt.52.* quod & tentavit *Intrigliolus de subst.cent.3.q.6.*



CAPUT XIV.

Ad tex. in l.Scevola 76. ad Trebell. l.4, C. de Codicillis l.fundum §. ult. D. de leg. 1.

SVMMARIVM.

1 *Textus probat receptam sententiam.*
2 *Faber id de quo est disputatio, assumit.*
3 *Resolvitur obiectio.*
4 *Occurritur Fabro.*
5 *De Codicillis factis ab intestate.*
6 *De sententia tex.in l.non idcirco 4. C.de Codicillis.*
7 *Quid concludendum.*
8 *Nostrorum distinctio.*
9 *Quid illi de substitutione directa.*

1 In-

1 INter juris capita illa, quibus utuntur *Interpretes*, & nos etiam usi sumus suprà *cap.* 12. ad probandum, secundum receptiorem sententiam, quod substitutio pupillaris, quæ potuit, ut talis valere, si non habeat locum, nisi jam finita pubertate, ad conservandas testatorum voluntates flectatur in fideicommissum, celebre est *Scevolæ* Responsum in *l. Scevola 76. D. ad Trebell.* quod cum videret *Faber*, qui oppositam sententiam veram esse vult, conatur ab illa hunc obicem avertere.

2 Et id primò, de quo disputamus assumens, abhorrère ait à juris regulis, ut substitutio directa trahatur ad fideicommissariam; quod sanè si de stricti juris regulis dicat, concedimus si ab illis, à quibus edocemur, benigna interpretatione Juris Consultos debere testatorum voluntates adiuvare, negamus; quia hoc ipsum, benigna recepta interpretatione egit *Scevola* juris alioquin religiosissimus in hac *l. Scevola 76.* de qua agimus in præsenti. Cæterùm non pupilli, aut substituti, sed ipsorum morientium favor, & coniecturata volontas, causam huic benignę interpretationi præbuisse constat.

3 Neque dicas, ut Faber *num.* 7. adversus *Cujacium*, quod prædicta dici poterunt in omnibus alijs casibus, atque ita sempèr hanc benignam interpretationē admittere oporteat; nam Respondeo incivilitèr eum agere qui quod fatemur, benigna interpretatione inductum trahi velit ad consequentias.

Ad illud verò *Papiniani* (quod totiès *Faber* inculcat) *frustra* fieri substitutionem, iàm suprà satisfactum est, dicendo quod illud *frustra* ad illud *verbis Civilibus* refertur, ac si dictum frustrà directò fit substitutio, frustra fit verbis ciuilibus; hoc autem nō prohibet, ut adijcere possimus; at potest flecti in fideicommissariam, nam cum flectitur, vel eo ipso ostenditur frustrà factam directò. sanè magis absolutè loqutus erat *Marcus* qui in *l. 6 D. de jure Codicillorum* non *frustra*; sed *nihil* (quod magis est) facere matrem, dixit, quæ filijs in Codicillis directò substituit, & tamèn hoc *nihil* non prorsùs nihil est; nàm huiusmodi substitutio etiam in fideicommissum flectitur ex benigna interpretatione. Cæterùm hac benigna interpreratione dignius est testamentum, nempè dispositio sollemnis, & justa, de qua hic, quam Codicilli, & eo magis, quod substitutionem factā ponimus per verbum commune quod potest, tùm directū, tùm precarium esse, idque verum, quamvis neget *Faber*, nos demonstravimus suprà.

4 Porrò quid ille sibi velit dum sub *num.* 10. ait, difficile sibi visum, cur in hac *l. Scevola* opus fuerit ad benignam interpretationem recurrere, cùm juris ordinarij, & communis ratio faceret pro substituto; planè non intelligo; etenim si pro iure ordinario accipit, ut se accipere in inferioribus ostēdit, ius quod in institutionibus factis in Codicillis obtinet, non rectè loquitur; nàm hoc iure, etiàm ex benigna interpretatione flectitur, non ex communi ratione, substitutio directa; quando Regula est quod in *Codicillis neque dari, neque adimi hereditas potest l. quod per manus 10. D. de jure Codicillorum l. non Codicillum 14. C. de testam. §. Codicillis penult. instit. de Codicillis*, ne scilicet jura testamentorum confundantur, & ne per Codicillos ipsa testamenta confirmari videantur. Hinc rectè *Constantinus in l. si idem 7. C. de Codicillis* Rescribit *si idem Codicilli, quod testamenta possent. Cur diversis his instrumentis vocabulum mandaretur, qua vis, ac potestas una sociasset?* & ex his sequitur, quod mero jure inspecto in Codicillis instituēdi, & substituendi potestas data non est; si tamèn institutio, aut substitutio facta in illis reperiantur, quamvis illę neque directò, neq; obliquè valere possent, ex dictis, & inutiles forent, visum tamèn est ad conservandas defunctorum voluntates in vim fideicommissi admittere, & ex benigna interpretatione; hoc autem per gradus factum, &, quod de institutione prius receptum, deindè in substitutione admissum fuisse, videtur *Scevola* indicare.

5 Quod autem diximus de substitutione directò in Codicillis facta in fideicommissū obliquanda, admittendum volumus etiam Codicillis ab eo, qui intestatus mori voluit factis, & penitus *Fabri* distinctionem reijcimus, nam ut optimè *Julianus in l. si fundum 92. §. sicuti D. de leg. 1.* ait *Sicuti conceditur unicuique ab eo, ad quem legitima eius hereditas perventura est, fideicommissum dare*: ita & *ab eo, ad quem impuberis filij legitima hæreditas, vel bonorum possessio perventura est, fideicommissum recte dabit*, atque ita si intestato decedens pater, Codicillis directò substituerit filio, sivè legitimos filij successores gravabit restituere; fideicommissum ex huiusmodi dispositionibus valebit. Er suavis *Faber* est, qui contrà contextum, & contrà juris rationē ad postrema Juris Consulti verba addit, *dummodò sibi ipsi testetur*, quasi quod non etiàm cęci viderent, per gradus progredi *Julianum* & vires Codicillorum explicandos asserere, primò posse eum, qui intestatò decedit, legitimos successores fideicommisso gravare; deindè adijcere posse quoq; hunc ipsum, qui intestatus moritur, & filij successores legitimos fideicommisso obstringere. Patet itaque quod commentitia protsùs est differentia intèr Codicillos ab homine, qui testatus fuerit, & eos, qui ab homine intestatò mortuo relicti sunt, atq; improbāda potius ex adiectis Responsis; nedum non asserta neque probata

quicquid

quicquid obstrepet *Faber* hic, præsertim sub *n.* 15.*&* 16.*& sub n.*34.*& seq.* Certè dum *Scev.* de patre, qui testatus fuerat loquebatur ibi *Si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem.* ex *Fabriana* ratiocinatione omninò in Codicillis facta substitutio inutilis erat, ideoque nec in vim fideicommissi valere respondendum fuerat, & tñ eum valere eòcludatur benigna interpretatione, veluti fideicommissum, id ipsum admittitur quod admitteretur, si ut *Faber num.*14. & passim asserit, Codicilli ab intestato essent facti; nulla ergò distinctio est.

6 Insupèr ad sententiam *l.non ideircò* 4. *C. de Codicillis* in illi verbis, *quod intestatò se absente Codicillos mater sua fecit*, nullo modo admittenda est expositio, quæ intestatò, idest sine testibus expponit cum *Fabro hic n.*18. & ratio in promptu est, nàm quanquam verum sit, hoc adverbium *intestatò*, sicut, & adiectiuum *intestatus* utranque significationem admittere, *sine testibus, & sine testamento*, perrarò tamèn prima illa usos Iuris Consultos reperies: nàm & si scripserint *testatò*, idest cotàm testibus in Juribus à *Fabro* adductis *in l.ult. D. pro derelicto l.*5.*§.ult.de adm. tut.l.*8. *§.igitur D.mandati l.*10. *§. si quis particeps D. quæ in fraudem cred.l.*1. *§.licet D. de peric. & com.l.*1. *D.qui ad succ.* nunquàm tamen, aut ferè nũquàm, inrestatò, pro sine testibus usurparũt. undè cũ passim legamus *intestato*, idest non facto testamento *l.Clodius* 97.*D.de aequ. hered.l.*10. *D.unde legitimi l.*34.*§.fuce. D. de leg.*2.*l.testamento* 89.*l. Lucius* 7. *D.de leg.*2. *l.*8.*C.de Codicillis* , verisimile non est quod in hac *l.*40. aliter scripserit Jur. Consultus, & modo non usitato verbo *intestato* usus fuerit, contextu planè, & materia repugnantibus etenim si in omnibus dispositionibus adesse saltèm quinque testes debent, qua de re dũ validi Codicilli supponuntur, nõ adfuisse testes sed intestatò idest sine testibus factos in proposito dicet J. Consultus? quod si replicabis cum *Fabro*, dicet hoc sensu, ut ostendat factos quidem adhibitis testibus, sed illis non convocatis; Respondebo nullo juris, aut Grammaticorum loco huiusmodi significationem proditam esse vocis *intestatò*, & nunquam ita loquutos Authores, ut simpliciter inrestatò factum dicerent, quod factum testibus adhibitis, sed illis non vocatis.

7 Concludamus itaque, duo ex his, quæ huc usque diximus, adnotanda esse, unum, quod substitutio directa ad conservandam defuncti voluntatem ex benigna interpretatione, flectitur in fideicommissum. Alterum quod id etiàm evenit, cum substitutio directa facta est in Codicillis, sivè Codicilli ab eo qui intestatus decedebat, sivè ab eo, qui testatus, facti fuerint. Cæterùm quid intersit Codicilli ante, an verò post testamentum fiant, dicemus in sequenti.

8 Nostri tamèn, nèc malè distinguunt inter substitutionem directam, quæ à principio fuit nulla, & eam, quæ quanquàm validè facta à principio, deinde pèr pubertatẽ expiravit, nã dicũt quod substitutio directa nullitèr facta, ne, ut fideicommissaria quidem valebit, ut magis communitèr conclusum extat apud *Peregr.de fideicomm.art.*18.*n.*5. *Manticam de coniect.lib.*7.*tit.*3. *nu.*4. *Cevallos com. contra.com.q.*159.*n.*2.& si Quidam in contrarium sentiant, ut videre est penes *Fusar.q.*8. quorum sententia recipi nõ potest, nisi in eum dumtaxat casum, de quo *Vasquius de success. prorogat.lib.*2. *§.*13. *n.*3. in eo namque fideicommissum admittitur quia iure directo valuisset, nisi nullitèr facta foret substitutio, & ultra decimumquartum annum.

At substitutione valida à principio; sed per pubertatem expirata, valere eam uti fideicommissariam ideoque flecti post pubertatem Meliores sentiunt inter quos *Mantica*, ubi suprà, *Menochius cons.*44. *num.*14. *Cæsar Barzius decis.Bonon.*9.*Seraph. dec. Rota* 840. cum quibus *Velasquius tom.* 1. *consul.* 54. *num.*6.

9 Rursùs si substitutio directa in Codicillis fiat communiori calculo Nostri validam eam & rectè factam ajunt, sed flecti in fideicommissariam, non ita rejecta quorumdam *Repetentium*, & *Glossa* contraria sententia de qua *Joannes Andreas in cap. si pater de testamentis in* 6. *& Angelus cons.*159.*num.*25 adnotarunt. *Mantica lib.*5.*tit.*2. *num.*11. *Peregr.art.*33. *num.*68.*Bertrandus cons.*201.*n.*5 *& dec.Delphinatus* 173.*n.*1. *Oddo de compend. p.*5.*art.*1. *Intriglialus de success.cent.*2.*qu.* 63. *& q.*79.*n.*8. *Magonius dec.Florent.*4. *num.*5. *Grassus in §. substit. quæst.*71 *num.*6. *Fusarius dicta quæst.*8. *num.*18. *& quæst.* 245. *num.*58. nisi tamèn, ut benè *Surdus* advertit *cons.*259. *num.*27. *lib.*2. testator intendens facere testamentum, Codicillos fecisset; nam in hoc casu substitutio non obliquabitur quia nulla, proptèr testatoris errorem; alia ad hanc rem penes eumdem *Fusarium* habes.



CA-



CAPVT XV.

Ad §. non tantùm institut. de Codicillis.

SVMMARIVM.

1 *Admittitur denuo Duareni animadversio.*
2 *De Codicillis confirmatis.*
3 *De Codicillis post testamentum factis.*
4 *In his, quod relinquitur non valet iure directo.*
5 *De Codicillis ante testamentum factis, & non confirmatis.*
6 *Quid Severus, & Antoninus constituère.*
7 *Reicitur Fabri assertio.*
8 *Fabri effugium excluditur.*
9 *Quid Pragmatici.*
10 *Codicilli confirmantur à testamento, non illud confirmant.*

1 Diximus *lib.5.cap.12.* rectè *Fr. Duarenũ* nobilissimum Juris Consultum observasse, immutatum aliqnantò à Pandectarum Compositoribus *Papiniani* Responsum in *l.51.D.de iure Codicillorum*. in præsenti id ipsum placet asserere, sed distinctè magis rem totam explicãdn, & primò de Codicillis cnnfirmatis deindè de non cnnfirmatis disserere.

2 Et ad ptimum, si Codicilli cõfirmati proponantur, hos sivè ante, sivè post testamentũ factns, usque adeò validos esse contendimus, ut quod in ipsis relictum est, ità debeatur, ac si eo testamento, quo confirmantur relictum esset, ut *Julian.* docet *in l.2.§.Codicillorum Marc.in l.quedam 7.§.1. Scevola in l. quidam 14.D.de iure Codicillorum.* Hinc quæ directò relicta, directò valebunt, qund & *Faber* hic *num.7.* concedit, quanquàm nnn necessariam, nisi ad hnc confirmatinnem dicat.

3 Ad secundum, si Codicilli confirmati nnn fuerint, distinguendum arbitror inter illns, qui antè testamentum, & illos, qui post illud facti sunt; nam qui post testamentum facti, nunquàm speciali confirmatione etiàm antè *Severi, & Antonini* Constitutionem indiguère, quidquid alij alitèr dicant; quippè confirmatio Codicillorum ad excludendam cnniecturam mutatæ voluntatis exquisita est, & quis credat mutasse testatnrè voluntatem, qui cum priùs testamentum fecisset, deindè Codicillos fecit, sciens nun posse Codicillis, idest voluntate minùs snllemni, priorẽ sollẽnem, nempè testamentum tollere, nisi tamen decedere intestatum se velle expresserit, factisque confirmaverit, nolle amplius testamentum factum valere, quod si non apertè egerit addere potiùs aliquid, Codicillos scribẽs ad prinrem vnluntatem voluisse, quàm illam revocare demonstrat.

4 Verum tamèn est quod ea, quæ in huismodi Codicillis post testamentum factis, non tamèn confirmatis; (solebant enim Codicilli etiàm post testamentũ facti confirmari *l.quadam l.conficiuntur 8.§. si post factam, & §. ult. l.potiùs 18.D. de iure Codicillorum. Faber* hic *num.7.*) relicta sunt, quanquam directò fuerint relicta iure dumtaxàt fideicommissi valebant, quicquid *Faber* obstrepet *nu.17.* & passim, quando adversùs ipsum stat potissimũ *Scevola in l.76.* de qua suprà, qui in puncto respondit, in huiusmodi specie, in qua Codicilli post testamẽtum facti fuerant *Si pater filium suum impuberem scripserit haredem* (en testamentum) *eique Codicillis substituerit* (en Codicilli post testamentum) substitutionẽ nõ directò valere ita supponens, huiusmodi Codicillos non confirmatos, nam si confirmati, valuisset directo sobstitutio, ut diximus suprà. & hæc de Codicillis factis post testamentum.

5 At de Codicillis antè testamentum factis, longè alitèr dicendum fuit antè *Severi*, & *Antonini* Constitutionem: quoniàm indigebant confirmatione, nam alioquin revocati à testamento sequenti censebantur, nec improbabili coniectura; quandoquidèm à dispositinne minùs perfecta, & minùs sollemni ad perfectam, & snllemnem transire voluisse videbatur testator; hinc non valere Cndicillns respondet *Papinianus*, ut *Justin.* testatur in §.5.*instit.de Codicillis*, & en in loco *Theophilus.*

6 Hoc autem tandem *Severo et Antonino* displicuit, ut displicuerat etiàm bonis quibusdã viris & intèr hos Plinio, qui *lib.2.epist.16.* Anniano scribit *Tu quidẽ pro catera tua diligẽtia admones me Codicillos Attiliani qui me ex parte instituit haredẽ pro nõ scriptos habendos: quia non sunt confirmati testamento, quod ius ne mihi quidem ignotum est, cum sit ijs etiam notum qui nihil aliud sciunt, sed ego propriam quandam legem mihi dixi, ut defunctorũ voluntates etiam si iure deficerent quasi perfectas tuerer, &c.* Proinde sanxère Impp. non præsumi revncatos nb sequutum testamentum in quo non cnnfirmati Cndicilli, sed validi remansère, nisi ex adverso revocatos fuisse probaretur; atq; ità præsũptio, quę adversùs Codicillos faciebat, pro Cndicillis facere volentes, onus probationis à fideicõmissario, aut legatario in hæredem transtulère. Cæterùm ut aliàs ex *Duareno* diximus, quanquàm *Papinianus* scripsisset antè tabulas testamen-

ti

ti Codicilli facti, non alitèr valent, quàm si testamento, quod posteà factum est, vel Codicillis confirmentur; adiecere Compilatores ne *Severi* Rescriptum repugnaret, *aut voluntas eorum*, &c. quàm clausulam qui *Papiniani* esse vult, is falsum profectò *Iustinianū*, supervacaneum etiam Rescriptum *Severi*, & *Antonini* reddet.

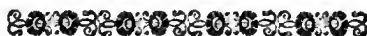
7 Sed non adeò *Imperatores* favère Codicillis, ut non solùm non revocatos à sequenti testamento vellent, sed etiā ut eosdem, quanquàm non fuerint, ab illo confirmatos juberent, ad hoc ut quod in his Codicillis relictum erat directò valere posset: pugnabat enim hoc cum tota juris prudentia, satisque fuit illud primum concessisse; neq; *Faber* audiendus est, qui Constitutionem adeò extendit, ut & hoc fecisse, ut directò relinqui Codicillis non confirmatis testamento validè posset, contendit; non advertens si Codicillos testamentum sequutum non foret quid non alio modo, quam in vim fideicommissi valere in illis relicta potuissent *l. 3. l. 8. D de iure Codicill. l. 2. C. de Codicillis*, ideò quod testamentum sequutū fuerit non faciet, ut directò valere possint, nisi velis testamentum sequutum addere Codicillis, de quibus non meminit quosve non confirmavit, maiorem validitatem, maiorem Authoritatem contra *Papinianeā* ratiocinationē, que potiùs detrahere credidit, & contra necessitatem, quæ extorsit Imperatoriam Constitutionem, qua nil aliud effectum, quam ut in pristino statu in quo temàsissent Codicilli, si nō sequutum testamentum fuisset, remanerent. Quod fiea, quæ in Codicillis ante testamentū factis post *Severi* Constitut. relicta directò valere possent, an non stultus prorsùs fuisset is, qui in specie à *Paulo* tractata in *l. impuberum 22. §. Codicillo D. ad l. Corn. de falsis* legatū sibi in Codicillis relictum, sua manu in testamento adscripsit, ut confirmatum testamento ostenderet, ideòque directò caperet; an non nimis rigidus *Paulus* foret qui videns idipsum fuisse, etiàm absque confirmatione consecuturum legatarium scriptorem, incidisse eum in pœnam Senatus Consulti, & edicti Claudiani Respondet.

8 Neque effugit *Faber* dùm sub *num. 27.* replicar, ita à *Iuliano* Responsum qui temporibus *Hadrianî* claruit, & antè Constitutionem *Severi*; nam dato, quod ità *Iul.* scripsisset, non admittere id *Paulus* debuerat, sed in cōtratium posteà latam Constitutionem adducere, & *Iuliani* sententiam reiectam fateri.

Reliqua ad hāc rem videat qui velit, apud *Cuiacium lib. 18. obser. cap. 7. & lib. 7. respons. Papin. ad l. antè tabulas, & Valenzam tract. illustr. lib. 3. tract. ult. cap. 3. n. 4.*

9 Celebris tamèn quæstio illa est etiàm apud *Pragmaticos* an Codicilli post testamentum facti, si de testamento non appareat, validi sint, atq; ex ijsdem peti fideicommissum possit? sunt enim, qui credant affirmativè, & ab hæredibus ab intestatò præstandū; maximè si verba aliquo modo ad eū referri possint ut advertit *Papiensis in formula libelli pro legato rei singularis in Glossa sup. verbo, nec valent n. 5. & Alex. lib. 2. cons. 161. num. 5.* sunt (quorum magis prævalet opinio) qui nisi testamentum producatur, Codicillos negent valere quando illi ad ipsum testamentū referuntur. *Tesaurus quæst. forens. q. 86. lib. 2. Menoch. cons. 496. n. 42. & post eos Andreolus contr. 44. num. 8.*

10 Cætetùm vel ex his, quæ pro utraque parte in proposita quæstione dicuntur, cum constet, quod Codicilli à testamento antecedenti, vel subsequenti confirmationem exposcūt, apparet quam malè *Pragmatici* sic loquantur, ut Codicillos confirmare testamentum dicant, cum ad illud scribuntur, ut loquitur *Rovitus cons. 93. num. 17.* nam & si quandoq; primum testamentum per secundum revocatum denuò possit per Codicillos asseri, ut in specie, de qua idem *Rovitus*, & post eum *Altomare cons. cit. 28. R. Gal. contr. 34. & 38* & alij, attamen tùnc Codicilli primum testamētum non tàm confirmant, quàm denuò asseruot, sivè obicem muratæ voluntatis, quæ adversùs eum erat tollunt, de qua re nos *lib. 10. cap. 18.* jàm diximus: sanè absolutè Codicillos confirmare testamentum factum, nunquam apud J.C. reperies.



CAPVT XVI.

Ad tex. in l. 2. §. Codicillos D. de iure Codicillorum l. generaliter 30. §. si quis servo D. de fideicomm. libertatibus.

SVMMARIVM.

1 *Verba Iuliani.*
2 *Emendatio Cuiacij.*
3 *Emendatio Fabri.*
4 *Reicitur.*
5 *Vera textus expositio.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Codicilli interpretationem non desumunt à testamento.*
8 *Legatarij ex Codicillis concurrunt cum legatarijs ex testamento.*
9 *Codicilli primi, & secundi idem inter se.*

10 *Potest in Codicillis testator declarare scriptum heredem in testamento, indignū hereditate.*

1 JVlianus in l.1.§.Codicillos D. de iure Codicillorum com regulam proposuisset in his verbis: *Codicillorum singulare jus est, ut quæcunque in his scribantur, perinde habeātur, ac si in testamento scripta essent*, ut exemplum afferret adijcit, *ideòq; servo, qui testamenti facti tempore testatoris fuisset, Codicillorum tempore alienus, non rectè libertas directò datur, & contra si cum testamentum fiebat, alienus esset Codicillorū tempore testatoris, intelligitur alieno servo libertas data*. Sed tandem concludit, & *ideò licèt directè libertates deficiunt; attamen ad fideicommissarias eundum est.*

2 In hoc Responso quibusdam visus est Juris Consultus subiecto exemplo obscurasse potiùs, quàm explicasse propositam regulam, quinimmò eidem ex diametro adversatus, hinc *Jacobus Cujac.* tùm *lib.37.digestorum Juliani ad hanc l.1.* tùm *tract.2. ad Africanum in l.sed enim 15* detracta negatione legendum
3 suasit *rectè libertas directa datur*; *Faber* verò in præsenti integram clausulam ultimam. *Et ideò licèt directe libertates deficiant attamen ad fideicommiss. eundum*, tanquàm irreptitiam dispungere conatur.

4 Sed retinendam adductam clausulam cōvincit, primò quod, vel si cum *Cujacio* legas in primo exemplo *rectè libertas directa datur.* nihilominùs quod posteà sequitur in secundo exemplo *intelligitur alieno servo libertas data*, satis exprimet fideicommissariam dari libertatem, quandoquidèm alieno servo directò dari libertas non potest: & proindè postrema clausula: etiam quod illam ad proximè antecedens exemplum referas, non etiàm ad remotum, bonum habebit sensum, rectèque posita erit.

5 Convincit secundò id ipsū textus vera expositio ex qua concluditur nil in eo mutandū esse, siquidèm *Juliani* verborum sensus non ille est, quem vulgò existimant, nempè, quòd quæ in Codicillis scripta sunt ad tempus testamenti sint referenda, & ad illud prorsùs trahenda, itaut ex eo existimentur, sed ille potiùs, quod ea quæ in Codicillis scribuntur, perindè ac si scripta in testamento habeātur; sed hoc quoad locum sive scripturam non verò etiam quo ad tēpus, ideoque ea quę in Codicillis scripta sūt habentur, ac si in testamento, sed in eo tēpore quo in Codicillis scripta, ut ita ex utraque scriptura una conficiatur, viribus communicatis, & dispositione, atq; etiam ut ex utroq; tempore unum tēpus fiat communicata pariter virtute ab uno in alterum tempus; hoc autem cum strictè dixisset Juris Cons. subiectis exemplis explicat, ut fecit idem *Julianus*, & cum eo ex *Imp. Scevola in l.2.§.si ei l.Divi 6.l.quidam.14.D.de iure Codicillorum*, hinc quia tempus Codicillorum cum tempore testamenti, & è contrà, coniungitur, quod in uno est in altero erit, & quod in duobus tēporibus disparatè evenit, ac si in eodem tempore, immediatè successivè evenisset censebitur; hoc autē admisso servus qui testamenti tempore alienus, non potest in Codicillis directam libertatem accipere, & si tunc cum Codicilli fiunt, sit testatoris; quia adhùc alienus esse videtur, coniuncto utroq; tempore, & vitio temporis testamenti in tempore Codicillorum transmisso, ut rectè *D. Melchior de Valenzia* explicat *tract. ult. lib.3.cap.3.n.7.* Insuper defendendum quoq; foret quod extat in *l.generaliter 24. §. si quis servi D.de fideicom. libert.* adversùs *Fabrum* hic *num.19.* sed quia gratis ille impugnat gratis quoque impugnatio reicienda.

6 Regulam verò à *Juliano* allatam, quod quæcunque in Codicillis relinquuntur perinde se habeant, ac si in testamēto relicta forent, adeò mordicus *Nostri* accipiunt, ut passim iactēt testamentum, & Codicillos unam, eamdemq; dispositionem censendam esse, & dispositiones in utroque factas tanquàm unico tempore factas habendas; post *Nattam cōs.473.n.18 & cons.476.n.11. Mant.de conject. lib.6.tit.4. n.7. Gratianum discep.forens.c.571.n.26.& 45 Peregr.de fideicomm.art.16.n.49.*

7 Et hinc passim in omnium ore, Codicillos à testamento interpretationem recipere, ad eumque trahi, ut *Capra* adnotat *cons. 3. num.11.* & alij cum quibus *Jul. Capone contr. 53.num.5.* ideoque conclusum apud eumdē invenies, quod ea, quæ in testamento disposita fuère, tolluntur quandoque per Codicillos, sed eatenùs, quatenus expressè in Codicillis à testatore mutata, reliquis firmis remanentibus, ut *l.alumna § qui filia D. de adim. vel transf. leg. Alciatus resp.565.n.3.*

8 Et hinc etiam legatarij ex Codicillis concurrunt, cum legatarijs ex testamento *l. quia autem D. si quis omissa causa testamenti Gratianus cap.646.n.19.*

9 Neque solummodo idem cum testamento sūt Codicilli, ut supra, sed idem inter se, ideoque secundi Codicilli cum Codicillis in præcedenti tempore factis idem sunt, & legatum factum in primis non poterit per secundos revocari, ut dixit *Veronensis cant.87. num.2. & ex eo Gratianus cap.605.num.8.* quamvis à prioribus Codicillis ad posteriores, & è contrà possit interpretatio desumi *Mant. lib.6. tit.13.n.1.& 3.*

10 Denique illud adnotandum, quod quamvis in Codicillis nèc dari, nèc adimi hæreditas possit, potest tamèn in illis declarare testator unum ex hæredibus indignum esse sua hæreditate, ut ex *l.hæred.4. C. de his,*

qui-

quibus, ut indignis, firmant Dec.con.361.n.5. Gratianus cap.902.n.10.



CAPVT XVII.

Defenditur textus in l. 4. D. de manum. testamento.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus.*
2 *Aplerisque emendata.*
3 *Faber esse Triboniani vult.*
4 *Defenditur lectio recepta.*
5 *Item, & sententia textus.*
6 *Confunditur Fabriana ratiocinatio.*
7 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
8 *Quædam de clausula Codicillari.*
9 *Qui viam testamenti elegit, & adivit hæreditatem, non potest invalido testamento apparente, Codicillari clausula uti.*

1 Legimus in *l.4.D.de manum.testam.in §.illud constabit, si libertate data sic fuerit legatum, eique si eum vindicta liberavero, hæres meus decem dato, licet ex nimia subtilitate separatum est à testamento: attamen humanitatis intuitu valebit legatum, si vivus eum manumiserit*, & hoc variè ab *Interpretibus* expli-
2 catum, à quibusdam etiam interpolatum, aut emendatum extitit, præsertim à *Dionysio Gothofredo*, qui in postremis verbis, addita negatione legit, *& si vivus non manumiserit* eo- mo tamèn quod in præsenti facit *Faber*, ablatum Responsum à J. Consulto voluit, & *Triboniano* appictum.

3 Quod verò movit siue totum id quod *Faber* in hoc capite contendit oon aliud est, quàm in hac *l. 4.* inutile omninò fuisse legatum tanquàm separatum, non à testamento, sed à libertate, ideoque statim à principio illa verba (*à testamento*) imperito interpreti adscribit, non contentus inregrum §. adscripsisse *Triboniano*.

4 Sed, ut soler egregiè fallitur, tùm in explicatione ipsius textus, tùm in emendatione, tùm denique in censura. verba à *testamento* sunt in omnibus libris antiquis, recentioribus, & manuscriptis, nec verisimile est imperiti Interpretis manum omnes libros pari modo corrupisse. Sunt quoque apud *Græcos in scholys ad caput.5.lit.F.tit.3.lib.48.Basilicorū*, quod satis est ad refellendam *Fabri* coniecturam, de imperito librario.

5 Sententia autem *Pomponij* longè alia, quā *Fabriana* est; nàm ille speciem proponit de eo, qui sic Servo libertate data legaverat, *Sticho, si vindicta liberavero, decem hæres meus dato. Stichus liber esto* (Oportet nanque, & ponere in testamento libertatem etiam non solum legatum, à testatore datam, oàm prima illa verba: *libertate data* id exigunt) Et cum posteà vivus manumisisset testator servum, quia videbatur separasse legatū à libertate, atque ità priorem dispositionem, in qua utrumque coniunxerat, dissuisse videbatur legatum revocasse. Sed concludit J.C. id visum ex nimia scrupulositate procedere, ideòque deberi legatum.

In proposita ergò specie non is, qui decem legat, separat legatum à libertate, ut *Faber* toties inculcat; sed quoniàm vivus libertatē præstitit, separasse potiùs libertatem à testamenro videtur; hinc ab ea dispositione testamentaria in qua liberum esse Stichum, eique decem dari iusserat vivens manumittēdo, recessisse videri poterat; proindè dubitādi orta ratio adducta à qua aliā pro invalidando legato invenies nunquā, licèt scrupulosissimus sis; ea verò, quā proponit *Fab.* de separatione legati à voluntate, & eo sensu, quo proponit, inanis est; nàm quamvis dedit in testamento libertatem decedens; quia deindè legatum adscripsit servo sub conditione, *si vindicta manumisero*, & quia deinde vivus manumisit, non separasse legatum à libertate, sed potiùs conditioni satisfecisse, & paruisse, ut suo tempore servus legatum consequeretur, dici posset.

6 Neque opus erat, ut eodem tempore libertatem, & legatum consequeretur servus quādo duplex actus à testatore signatus fuerat, prior qui in vita eveniret scil. datio libertatis secundus qui post mortem, nempè legatum, hioc non libertas data in eo casu, in quo legatum deberi non poterat, vivo testatore, neq; legatū in eo casu, in quo libertas vindicta non poterat præstari eo mortuo diecimus. Finge testatorem ità legasse Titio, si decem vivus donavero hæres meus post mortem centum dato, si bona *Fabri* ratiocinatio esset, inutile legatum hoc foret, & si testator vivus decem donasset; nam donatio in id tempus collàta est, in quo legatum præstari non potest, vivo adhùc testarore; legatum è contrà in illud tempus, in quo donatio non potest celebrari defuncto eo, qui donaturus erat, nugæ, Cavilli; nam istud *libertatem dedero*, *si decem dedero*, conditio est, non dispositio. hinc cum testator eam implet, non remanet dubitandum de dispositione sub ea conditione facta, quod videns vir doctissimus *Gothofredus*, ut suprà diximus, ex non implemēto conditionis, rationem dubitandi, ut sumeret laboravit; ideoque addita negatione legit

legit *vivus non manumisit*, ut faceret, ex eo, quod testator sub ea conditione legasset, *si vivus manumisero*, & deindè non vivus vindicta, sed testamento manumisit, defecta conditione, ut de validitate legati dubitari posset, quam interpretationem, ni religio receptæ lectionis obstaret, amplecterer lubentissimè.

7 Sed circà hanc *l. si quis ità D. de manumiss. testamento* parùm sudant *Interpretes* uno ore fassi, admissum fuisse humanitatis intuitu, quod legimus, ut explicat *D. Fr. Sarmiento selectarum lib. 2. cap. 21.* quod audiētes *Pragmatici* passim jactant subtilitatis prætextu sępiùs errari, & quod humanior sententia amplectenda est, ut *Monticula* monet *tract. de invent. hæredis n. 148.* & explicat *Menoch. cons. 416. vol. 5. & Doctores in l. Sancimus C. ad Trebell. & ad l. 1. C. ut actiones ab hæred.* Itèm *Isernia de feudis sub tit. de nat. feudi.*

8 Ad illud verò, quod de clausula Codicillari *Cujacius* dixerat, & mordet hic *Faber n. 13.* observandum erit *Pragmat.* habere hanc clausulam, ut sæpè diximus pro apposita in quolibet testamento *Mantica lib. 1. tit. 9. num. 6.* quod veris inniti juris principijs ostendemus, in *Desentionum libris* adversùs eos, *quos de erroribus Pragmaticorum Faber inscripsit.* Cæterùm non negamus in quibusdam casibus à *Gothofredo* notatis ad *l. fin. C. de jure Codicillorum*, & latiùs à *Turretta in suo illo tractatu de clausula Codicillari*, non admittēdum, cum verò de stilo Notariorum apposita est si ea lecta testatori, & publicata nō fuerit, aut in dispositivis testamenti collocata, ut requirit *Reg. Merl. contr. 2. cap. 78.* non operari firmant *Tesaurus quæst. forens. lib. 4. cap. 28. Rubens de testam. cap. 9. n. 459. & Turretta de clausula Codicillari c. 6.*

9 Tandem quia quomodo clausula Codicillari uti, quis possit, atque ex Codicillis petere hæreditatem, quam ex testamento petijt alibi nos diximus, nunc tantummodo admonemus, quod is, qui ex invalido testamento adijt hæreditatem, credens valere, si illud postea invalidum esse appareat, non solū amplius ex illo habiturus non est hæreditatē; sed neque ex Codicillis, si ad clausulam Codicillarem velit recurrere, eam consequetur; sicut neque ab intestato eam adivisse, quamvis ad ipsū successio ab intestato pertineat, videbitur, ut ex tex. in *l. necis 17. §. 1. D. de acquir. hæred.* & in *l. filium emancipatum 60.* & in *l. illud 77. D. eod. tit.* adnotavit *Ill. Crespi Valdaura observat. centesima n. 6.*





CAPUT XVIII.

Defenditur tex. in l. uxorem 29. eod. tit. de manum. testam.

SUMMARIUM.

1 ET hic quoque adversùs *Tribonianū. Faber*
disputat volens ab eo corruptum fuisse
Scevola Responsum in *l. uxorem 29. D. eod. tit.*
de manum. testam. sed esto quod emendaverit,
2 interpolaveritque *Tribonianus* Responsum,
videndum erit malè ne id egerit. Ego tamèn
mihi persuadeo nequaquam interpolasse, aut
saltèm benè interpolasse, & hoc vel his, qui
contrarium existimant demonstrabo, si præ
oculis ponam, primò quod servis illis, de
quibus in specie nostræ *l. uxorem* libertas fuerat
præstita, secundò quod quinquennium
in ea morati fuerant.

Et profectò primum apertè convincunt illa
verba Juris Consulti *hi, qui testamento libertatem
acceperunt liberi sint, an servi*. etenim
non ut relatum est, sed potiùs sic loquutus
Scevola fuisset *hi, qui liberi esse testamento
jussi sunt*, si non illi accepissent iam libertatem.
Adde quod ineptè quæreretur, liberi
ne, an servi sint, qui in actu sunt servi, &
quæri oportebat an postea liberi futuri sint
nec nè. Hinc error *Fabrianus* patet dum *n. 7.*
scribit *Scevolam* interrogatum, non an libertates
datæ revocandæ essent, sed an competerent,
quando *Scevola* supponit servos libertatem
accepisse liberosque effectos, ideoque
an remanere tales debeant quærit, dum ait *an*
3 *liberi sint*. Sed replicat *Faber* quomodo libertates
accepère servi, si statim filius apparuit,
4 & testamentum irritum fecit? Respondetur

detur *Scevolam* non sic loqui, ut statim filiũ apparuisse innuat; Sed potiùs, ut longum tempus præterijsse, & non minùs quinquennio, & hæc sunt verba, quæ quamvis concisa, id quoquomodo insinuant, (*mortuo patre, testamento recitato, filius a matre, & ab avia paterna agnitus, hereditatem patris quasi legitimus possidet.* equidem si recitatum primò testamentum propalant, idest in publicũ prolatũ, & coram testibus, adito etiam Iudice, & sigillis recognitis apertisque observatis sollemnitatibus requisitis, de quibus mentio in *l. 1. in fine l. 4. & sequ. D. testam. quemadmodum aperian. l. 1. & passim Cod. eod. tit. Paulus lib. 4. sent. tit. 6.* hoc statim fieri non potuisse quisque æquus judex videt; & videt etiam quo fine factum nempè ut hæreditas ab hærede scripto adiretur, neque enim ad alium finem recitari testamentum potuit; unde si aditæ hæreditatis *Scevola* alioquin verborum parcissimus meminit, si postea agnitum filium aliàs ignotum dicit, & agnitum à matre quæ parvulũ exposuerat ideoq; multos post annos non facilè agnoscere poterat, item agnitum ab avia paterna, quæ non tam promptè nepotem sibi ex filio esse crederet quomodo credemus *Fabro* dicenti statim filium apparuisse, & testamentum irritum fecisse.

5 Rursùs opponit *Faber* sub *nu. 6.* quod esto fuisset hæreditas adita ab hærede bona fide, & ignorante, testamentum nullum esse, & injustum, attamen hæc hæredis ignorantia non debuit filio nocere, cui ignoranti, ut ait *Sce-*
6 *vola* præiudicium non intulit; Respondeo hucusque me concedere omnia; nàm sicut patris ignorantia, Ità nèc hæredis bona fides, & aditio ipsi filio præiudicium inferre debẽt, Cæterùm quod *Scevola*, attentè moneat nil præiudicium illatum filio confirmare, quæ diximus de quinquennio jàm transacto; hoc enim fecit, ut *Scevola* inculcaret præiudicium nullum illatum. Ad illud verò quod subijcit *Faber* quod si competere libertates testamentarias admitteremus ignorantia hæredis præiudiciũ filio inferret. dicimus Primò, non ignorantiam hæredis, sed quinquennium elapsum, & favorem libertatis esse, qui inferant filio præiudicium. secundò dicimus huiusmodi præiudicium non magnum esse; namut frequentius accidit etiam testatores hi, qui filios habent, eosque faciunt hæredes, solent libertatem servis dare, & quis revelavit huic filio, aut potiùs *Fabro*, quod si pater scivisset filium habere nequaquàm liberos servos esse iussisset? denique cum multa sint iura, in quibus favore libertatis plura admissa fuère, inter hæc iustè dispositio nostri textus reponetur, nec dissimilitudo ulla in adversum faciet, quicquid *Faber* somniet, ut demonstravimus.

7 Ad hæc in *l. si ex falsis 47. eod. tit. de manumiss. testamen.* in fortiori specie de falsis Codicillis *Papinianus* datam libertatem defendit, quamvis deficeret volũtas Domini, quod in hac *Scevola* specie non accidit; nàm Dominus revera voluit liberos esse servos, & citra eius cogitationem, & culpam testamentum nullum postea apparuit; Cæterùm & si apud *Papinianum* adeò adversùs dationem libertatis, voluntatis urgebat qualitas quia non sani hominis voluntas *l. hoc colore D. de inoffic. testamento*, ut non aliter defendi libertas præstita potuerit, quam si iuberetur, quod factum est, servum solvere viginti solidos, idest sui ipsius æstimationem, non ideò idem quoque in specie de qua hic agimus dicemus, & ad ęstimationem servos damnabimus, quoniam hic neque testatoris voluntas, neque culpa ulla in contrarium se opponit, cum leges iubeant quidem patrem, instituere filium, aut exhęredare, at non iubeant divinare.

8 Denique quamvis verum esset quod in propositis à *Papiniano* speciebus opus fuerit Imperatoria Constitutione *Hadriani*, non tamèn hanc protrahere fuit *Scevola* opus ad casum suũ veluti in quo ut totiès diximus, nõ voluntas deficiebat, nèc in culpa fuerat testator; nisi velis pertinere Responsum *Scevolæ* ad Constitutionem prædictam *Hadriani*, sed ad caput alterum illius, nempè ad illud de quo *Paulus in l. cum mater 28. D. de inoffic. testam.* undè iustissimè Negandũ est *Fabro* quod Author nostræ legis præ oculis habuerit aut *Papiniani*, aut *Vlpiani* Responsa; tamèn nos ita ratiocinamur ex supposito, quod ad decidendas species *Papiniano* propositas Constitutione opus fuisset, cum tamen sciamus suppositum falsum, & Constitutionem sivè Rescriptum latum quidem ab *Hadriano* non ad ius novum constituendum, sed ut fieri solet Respondendo de iure obtinente, & constituto quod probatur ex ipsilmet iuribus quę *num. 10.* perfricta fronte *Faber* pro se attulit nempè ex *l. penult. §. 1. D. de jurepatronatus, & ex l. 2. C. de fideicom. libert.*

9 Et quidèm *in l. penult.* sic loquitur *Triphon. Cum ex falsis Codicillis, qui veri aliquo tempore crediti sunt, hæres ignorans quasi ex fideicommisso libertatem servis præstitisset. Rescriptum est a Divo Hadriano liberos quidem eos esse; sed æstimationem sui præstare debere* atque ità dicendo *liberos quidem eos esse* de iure iàm obtinente, & certò *Hadrianum* rescripsisse ostendit, & rursùs in *d. l. 2.* Rescribens in 1. *p. Antoninus* in his verbis *quamvis Codicilli, quibus Annuculo defuncta legatus esse videris falsi pronunciati; sint tamen si ante motam criminis quæstionem iustam libertatem, ts a legatario consecutus: posterior eventus non infirmat ita datam libertatem*, & adijciens in secunda

par-

parte *Planè secundum Divi Hadriani Constitutionem datur hæredi viginti aureorum repetitio* satis ostendit, hoc postremum esse quod *Hadrianus* constituit & illud primum, nempè libertatem semèl datam revocandam non esse ex his quæ deindè evenerant iam, obtinuisse; Denique & illud quoque animadversione dignum quod cum in Rescripto *Antonini* potestas quoque manumittendi, nedùm voluntas facere videretur difficultatem (à legatario enim, & falso legatario, adeoque nò vero domino data libertas proponitur,) & in Respõso *Papin.* faceret difficultatem voluntas, ut dictũ est; attamèn in hac *l. uxorem* nil horum obijciebatur, sed cum voluntas, & potestas adessent merus eventus obstare videbatur.

Et cum, ut totiès inculcavimus præteritio non malo consilio, ut nostri loquuntur, processerit: libertates non solum non revocandę, sed si non præstitæ, dandæ erant quod *Paulus* in simili specie admisit in *l. cum mater 28. D. de testam.*

10 Huiusmodi tñ *Pauli* Responsum, ut pleniùs intelligamus, oportebit nos distinguere testamentum ex eventu, ut ipse loquitur inofficiosum redditum à testamento, re, & consilio tale, aut falso, & Codicillis falsis; etenim, in primo quia evẽtus totum fecit, obtinet, quod priùs diximus, in secundis verò iterum distinguendum, an antè, vel post quinquennium lis mota fuerit; quoniam antè quinquennium lite mota libertates directè non præstantur, & præstitæ revocantur *l. 8. §. fin. D. de inoff. test.* libertates verò fideicommissariæ præstantur exsoluta æstimatione, ut *Paulus* docet cum *Modestino in l. 9. sequenti D. cit. de inoffic.* at post quinquennium si lis mota fuerit, ut *Papinian. in d. l. 8.* advertit non revocabuntur, libertates scilicet neque directò præstitæ, neque quæ per fideicommissum, sed tantùm eadem viginti præstanda erunt: Sicque in hac re favorabiliores fideicommissariæ libertates quia & antè, & post quinquennium debentur, exsolutis viginti solidis; quando directè nõ aliter quam si post quinquennium mota lis, & eadem pecunia soluta.

Quod si quæras an in hac *l. uxorem 29.* de qua nos agimus directę fuerint, vel fideicommissariæ libertates, non ad rem te id quærere replicabo; nàm in ipsius specie, ut totiès dixi, testamentum non re, & consilio; sed eventu, & fortuitò dumtaxàt inofficiosum apparuit; Cui rei si adijcias, ut à principio positi mus transactum quoque quinquennium, facies ut multò minùs de validitate ipsarum dubitari potuisset.

11 Sed quia *Repetentes, et Pragmatici* nos avocant, sufficiant quę dicta sunt, & quę dici possunt ex *l. si cum 16. §. stricto D. qui, & a quibus, l. quidam 25. §. si quis filium D. ad Trebell.* & similibus in quibus datæ libertates defensæ.

12 *Repetentes* itaque, & si visum fuisset *Alciato 4. dispunct. c. 1.* innovare quædã circà lectionẽ *l. uxorem 29.* nunquã tamèn in mentem recepère quod *Faber*, & nunquam integrum responsum tanquàm à *Triboniano* corruptum respuère, ideòque absque ullo scrupulo illud explicant, quod & *Baldus* facit *in cap. per tuam, col. penult. de ordin. cognit.*

13 Ex *Pragmaticis* verò; cum illi, quæ dispo sita sunt favore libertatis in Juris nostri libris passim ad legata facta causis pijs producant, quidam asserebant, quod sicuti hæreditate non adita, legatum libertatis non præstatur, ita & legata pia cum *Fachin. contr. 6. cap. 82. Vivio decis. 301. nu. 1. Ginrba. dec. 97. num. 13. Gamma dec. 248. nu. 4.* Verùm alijs oppositum visum est, & libertate favorabi-
14 liorem esse piam causam volentes legata pia præstanda dixerunt, & si hæreditas nõ adita, vidas *Rubeum de testamentis cap. 61.* ubi latè de materia.



CAPVT XIX.

Iterùm ad Constitut. D. Marci de qua in l. 4. de vulgari l. 40. D. de testam. militis l. quamvis 4. C. de impub. & alijs subst.

SVMMARIVM.

1 *Fabri propositum.*
2 *Sed perseverat in errore admisso.*
3 *De Antonini pij Constitutione & quid induxerit.*
4 *Rectius Interpretes ratiocinati.*
5 *Fabri inepta emendatio ad l. qui bona. 23.*
6 *Retinenda recepta lectio in l. pleñe 34.*
7 *Judicium Fabri adversus Interpretes.*
8 *Reprehenditur.*
9 *Quid dicendum si pater non expressè filijs substituat.*
10 *Fabri coniectura in l. huius 4.*
11 *Reprehenditur.*
12 *Quid Nostri.*
13 *Et ipsi probationes exigunt in specie l. huius 4.*

1 Redit in præsenti *Faber* ad substitutionũ materiam, de qua diffusissimè suprà. Et primò tres Constitutiones enumerat, quarum primam vult *Divi Marci, & Veri* fuisse, & ad eam tantùm substitutionem pertinentem,

quæ

quæ in alterutro dumtaxàt casu, idest aut in vulgarem, aut in pupillarem facta sit, sed tamen simplicitèr, idest uni tantùm non utrique. Secunda autem (scribit *nu.* 3.) *Antonini Pij* fuit, qua factum est, ut si pater duos filios impuberes hæredes instituat, eosque substituat communi illo verbo *invicem*, quod communem intèr fratres, idest duplicem facit substitutionē fecisse in utrumque casum reciprocam substitutionem videatur. Tertia denique ait *num.* 5. fuit Constitutio *Severi*, & *Antonini*, quæ fecit ut si ex liberis hoc communi verbo *invicem* substitutis, altèr pubes sit, altèr impubes in vulgarem tantummodò casum substitutio facta videatur. Hæc ille, latiùs; sed in his

2 . Primò quis non videt quàm pertinacitèr in admisso errore perseverat, dum ne concedat *Interpretibus*, quinimmò ipsi *Modestino*, verbum *substituo* commune esse, adverbium *invicem* commune verbum vocat, & insulsissima explicatione, ideò tale esse ait quia duplicem facit substitutionem: Nèc videt quod in specie, de qua tertia constitutio, dum scil. imparibus filijs substituitur, quamvis adverbium, *invicem*, ponatur, non ideò duplex substitutio facta est, & rursùs etiàm si fingas, in specie de duobus filiis impuberibus, patrem ità testarum *filios meos impuberes substituo, eorumque unum alteri, & è contra substituo* ità verbum *invicem*, omisso; etiam duplicem esse substitutionem respondere *Modestinum*.

3 Secundò etiàm quis non observat, quòd nullo modo *Antonini Pij* Constitutio pertinere potest, ut jàctat *Faber num.* 4. ad eam speciem substitutionis, quæ facta sit utriq; filio, in unum dumtaxàt casum, idest in vulgarem; nèc dicendum ideò fuisse Constit. necessariā, ut substitutio quæ in unum casum, in utrūq; facta videretur; siquidem hoc modo faceremus ut illa nil aliud egerit, quàm protrahere, quod *Divi fratres* constituère in substitutione simplicitèr vulgari, ad substitutionem reciprocam, sivè potiùs, id ipsum agere, quod *DD. fratres*, nempè subintelligere pupillarem sub vulgari: At neutrum horum rectè dicetur; nam circa primum cum *Antoninus Pius* præcesserit *Divos Fratres* successit enim *Hadriano* ipsosque *Divos Fratres* quos adoptaverat successores habuerit, ut ex *Capitolino, Dione*, alijsque historicis vulgatissimum est; Insanire videbitur qui dicet *Antoninum* successorum suorum protraxisse Constitutionem. Et circa secundum quis non videt, quod utique *Modestinus* non tàm ex *DD. Marci*, & *Veri* Constitutione, quam ex *Antonini* Rescripto dixit; jàm *hoc jure utimur, ut eum pater impuberi filio in unum casum substituisset, in utrumque substituisse intelligatur*. Etenim si verùm, hæc verba, *eosque invicem substituo* unum dumtaxàt casum continere; si verum *Antoninum* constituisse, ut unum, & alterum contineret, jàm nil aliud sequitur, quàm *Antoninum* fuisse, qui constituit, ut si pater in unum casum substituerit, in utrumque substituisse intelligeretur.

4 Rectiùs ergò *Interpretes, Modestini* mentem assequuti, ejusque verbis rectè perpensis docuere substitutionem reciprocam ex sua natura utrumque casum comprehendere, vulgarem nempè, & pupillarem; Quod animadvertens *Divus Pius* suo Rescripto firmavit, & indubitatum reddit, sicuti sæpè sæpiùs ab Imperatoribus factum ex sexcentis Iuris locis constat. *Divi Fratres* vero eum sequuti, quod ille in substitutione, quæ utrumque casum comprehendebat rescripsit ipsi etiam in ea, in qua unus dumtaxat casus fuisset expressus, habere locum constituère, hinc constitutionum allatarum hic ordo erit. Primò *Divus Pius* Rescripsit, ut substitutio reciproca, quæ utrumque casum comprehendere apta erat, utrumque casum comprehenderet. Secundò *Divi Fratres*, idest *Marcus*, & *Verus*, ut etiam substitutio in qua expressus unus dumtaxàt casus, ambos contineret, sanxère. Tertiò denique *Severus*, & *Antoninus* prohibuère utriq; constitutioni locum esse cum imparibus filijs, puberi nempè, & impuberi substitutio facta proponeretur. Constat autem ex his malè *Fabrum in* §. *fin. l.* 4. de qua agimus dispungere in illis verbis utrum de *una vulgari* vocem *vulgari* quando ipsemet fatetur substitutionem de qua *Modestinus* ibi tractat unam Vulgarem esse.

5 Sed interim observandum, quod prorsùs temerè idem *Faber* emendat *l. qua bona* 23. §. *si quis duobus D. de acquir. rerum domin.* dum ubi legimus *Rationem facere, ut ei dumtaxat insolidum acquirat*, & Cujacius pro *insolidum* reposuerat *in partem acquirat*, ipse & *insolidum, & in partem* dispuncto, reponit *num.* 10. *rationem facere, ut ei dumtaxat acquirat, &c.* temerè quidèm nàm quæso cur Receptam lectionem mutabimus, si volumus insolidum acquiri? an non idem *ei dumtaxat acquirit?* quam hoc insolidum ei acquirit? an non dumtaxàt ei acquirere idipsum est, quod solidum ei acquirere.

6 Erit quoque reijcienda, & altera emendatio proposita ad verba *l. plane* 34. *D. de leg.* 1. in qua cum scriptum: *Sed si in pupillari testamento alij eandem rem legaverit, quam mihi in suo testamento legavit, Julianus scribit concursu partes habere: interim igitur partem habebit, is cui in suo testamento legavit*: & in his cum *Cujacius* similitèr sublata voce *partem totum* reposuisset, *Faber* utrumque abstulit; etenim ut retineamus lectionem receptat facit,

cit, quod *Cujacius*, & *Faber*, supponunt legatum in tabulis pupillaribus fuisse sub ea conditione, & ab eo tempore, ex quo casus pupillaris extiterit, hinc utroque pendente interim totum habiturum volunt eum, cui in testamento legatum est; & tamèn non ita ponendum, sed supponendum est simpliciter, & secundo legatum fuisse, non sub conditione; ideoque & hunc secundum cum primo statim concurrere, & partem accipere; quid ni enim concurrat, & accipiat, si pupillare testamentum durante pupillari ætate subsistit? itaque ut dicebamus, is qui primus, & in testamento legatum accepit, partem habebit; sed interim habebit, quia potest & totum habere in futurum; finge pupillum puberem effectum: finge, ætatem pupillarem excessisse, evanescent tunc pupillares tabulæ, & pars secundi legatarij veluti deficiens accrescet Primo, atque ita hic qui interim partem habuit, totum habebit.

Cæterùm si hujusmodi expositio alicui displicet, is *Cujacianam* emendationem amplectatur legatque *interim totum*; nàm & si emendatio *Fabriana* eundem faciat sensum, à *Cujacio*, propter *Fabrum*, aut quemlibet alium *Interpretem*, si non veritas cognita urgeat, recedendum non est; nec turbabit in proposito *Fabri* observatio quod l. Conf. à prima ad tertiam personam descenderit, nam id non insolitum ipsemet pluribus ex locis ostêdit. Sed cum reliqua dicêda sint 6. cap., Nunc ad *Modestinum* redeamus. Et cum is in nostra *l. iam hoc iure* consuluerit, ut evitandæ quæstionis gratia, specialitèr in utroque casu impuberi filio substituatur, *sive hæres non erit, sive erit,*

7 *& intrà pubertatis annos decesserit*, consilium hoc ineptum, & ridiculum *Fabro* visum est sub *num.* 15. ea de causa, quod sufficiat patri, ne quæstionem voluntatis relinquat, ut puberi in casum vulgarem substituat, impuberi in pupillarem; ità namque impuberi filio in casum quoque vulgarem substitutus pubes videbitur modum quippè in hunc, utrique pari Jure, & ratione substitui poterit.

8 Hæc *Faber*; sed malè prorsùs, ne dicâ ridiculè, etenim primò si pater vulgaritèr substituat puberi, ut ipse suadet, quomodò vulgaris hæc substitutio compræhendere poterit personam impuberis, cui alia substitutione, nempè pupillari fuit à patre provisum? an *Divi Marci* Constitutionem ità explicabimus ut si quis uni ex filijs nominatim substituat, & cæteris quoque filijs substituisse subintelligatur? quod si quis pro *Fabro* dixerit quod quamvis alitèr scribat, explicari tamen debet de substitutione vulgari reciprocè facta, hoc modo *filium puberem, & impuberem hæredes instituo, eosque si alter hæres non erit, invicem substituo*, cui adijciatur pupillatis expressa, & *impuberi filio, si in pupillari ætate decesserit, puberem substituo*. Respondebo, ex hoc sequi apertissimè nequaquam ineptû, aut ridiculum *Modestini* consilium, nam id est, quòd illo exquiritur, ut scilicet impuberi utroq; modo substituatur, *sive hæres non erit, sive erit, & intrà pubertatis annos decesserit*, vulgaritèr inquam, & pupillaritèr; hoc autẽ, prorsùs proponis faciendum, cum dicis impuberi substituendum vulgaritèr, sicuti & fratri, itemque & pupillaritèr; neque enim negat *Modestinus* posse impuberi insimul & puberi fratri vulgaritèr substitui; sed consulit, ut tam in primum, quam in secundum casum expressè substituatur.

9 Itaque ut ait *Modestinus* si Pater non expressè, & speciatim in secundum casum impuberi filio substituerit, sed sivè reciprocè puberi in primum casum, sivè per brevilo-quam, vel compendiosam substitutionem; nunquàm & in secundum substituisse subintelligetur, nam hoc est, quod *Severi, & Antonini* Constitutio importat, ad quâ *DD. Marci, & Pij* Constit. dirigendæ sunt; fatendum quoque ad eandem pertinere Rescriptum *Alexandri in l. quamvis 4. C. de impub. & alijs subst.* in qua verissimum (quidquid vulgo existimetur) de jure *Publij Firmiani* quæsitum, nempè an ille filiæ testatoris pupillatitèr substitutus?

10 Denique non præteribo ideò à *Fabro Tribonianeam* additionem, malamque dictam hic *n.* 16. in *l. hujus 4. D. de testam. militis* hanc clausulam *ità tamen ut hoc ità subsequutum esse legitimis probationibus ostendatur*; quia nõ advertit ad *Trajani* Constitutionem alterâ in *l. Divus Trajanus 24. D. eod. tit. de milit. testamento*, ex qua poterat percepisse hujusmodi probationes omninò requisitas in proposito non ad hoc, ut constaret militem dictasse no-

11 tis testamentum, hoc enim ridiculè exposceretur quâdo ex facto esse ita actû proponebatur, sed ad probandû ea intentione dictasse, ut suum esse testamentum vellet, scilicet non perfunctoriè, sed deliberato animo; planè in citata *l. D. Trajanus* probationes exiguntur, quando quis cum *Fabro* posset asserere, quod dicendo miles *te hæredem facio*, satis suam voluntatem expresserat; hinc malè probationes exigi, sed Iuris Consultus respondet exactas probationes ad probandum testandi animo à milite prolata verba; quid mirum ergo si & in *l. Lucius* probationes desiderentur, ut constet eo animo, ut suum fôret testamentum, notas à milite dictatas.

12 Sed quod novum *Fabro*, & controversum, de substitutione de qua in hac *l. jàm hoc iure* in unum casum facta (*si hæres non erit*) porrigenda ad alterum (*fierit, & impubes decesserit*) protritum, vulgatumque est *Repetentibus*

post

post *Baldum*, *Alexandrum*, & *Jasonem* ibidèm, & *Pragmaticos* qui sequuntur *Manticam de coniect. ult. volun. lib.5. tit.3. num.2.* & *Oddum in praelud. select. 2. par.3. qu.2. vers.3. effectus*. Hinc ortum axioma, quod *Oratio determinans plura determinabilia debet pariformiter ea determinare*, de quo videndi *Diaz regul. 188. Portius cons. 54. num. 26. Alphanus in reportatis num. 91.*

13 Porrò in specie *l. Lucius* 41. sivè à *Triboniano*, sivè à *Paulo*, probationes justissimè exactas, fatentur Nostri, quamvis enim, dicunt, proponatur militem Notario noris scribendum testamentum dictasse, oportebat tamen constare id animo deliberato testandi, & voluntate perfecta disponendi fecisse, non perfunctoriè, vel ut ad testamentum faciendum se prӕpararet. Nam in testamento à Pagano facto, volunt primò ut testator nũcupativè testatus fuerit, deindè ut ab eodē Notatius rogatus sit: ut de hac sua disputatione jàm facta publicum conficiat instrumentum, hoc autum non confecto, aut malè confecto, aut deperdito, voluntas testatoris perfecta probari posse affirmant, & suum habitura effectum, concludunt post *Bartolum*, *Baldum*, & *Alex. cons. 53. Cravetta cons. 944. nu. 3. Hondedeum cons. 72. num. 17. Bertazolum num. 5. Cons. Hodierna ad Surdum decis. 29. nu. 7.* & *Rubeum de testam. cap. 8. à num. 345.* qui & in eodem capite in praecedentibus numeris eandem quӕstionem in contractibus examinavit; faciunt quoque ad rem, ea quӕ *Cuiacius 3. obser. cap 3. Brissonius 4. select. cap. 21. Vualterus 2. Miscell. cap. 12.* adnotatum reliquère.



CAPVT XX.

Ad tex. in l. si quis hӕres 35. §. 1. l. si solus 80. §. itèm si servus l. toties 81. D. de acquir. hӕred.

SVMMARIVM.

1 *Quid Faber faciat in praesenti.*
2 *Conciliatio vera quae a Cuiacio allata.*
3 *Fabri obiectio.*
4 *Respondetur.*
5 *Defenditur litera §. 1. eiusdem l. si quis hӕres.*
6 *Valenzia oppositio.*
7 *Diluitur.*
8 *De Fabriana emendatione ad l. toties 81.*
9 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
10 *Pragmatici destruũt Regulam de individui-*

tate hӕreditatis, eamq; partim adiri partim successoribus ab intestato relinqui posse affirmant.

1 IN Conciliatione *l. si hӕres* 35. cum *l. si solus* 80. §. *itèm si servus D. de acquir. hӕred.* primùm advetsùs *Cuiacium* insurgit *Faber*, deindè & adversùs textum ipsum, cui & manus infert, & pessimè.

2 Siquidèm cum nulla conciliationis ratio ad hӕc jura aptior sit ea, quam à I. Consultis ipsis *Iacobus Cuiacius lib. 12. obser. cap. 14.* proposuit, asserens in specie *l. hӕres 35.* ponendum esse, portionem in qua servus hӕres ex parte institutus, jure accrescendi obvenisse, (quod ius substitutionem ad se trahit ab ea, quę adiuvatur potiùs quā infringitur) ideoq; sequutā partem hӕreditatis aditӕ, potiùs ad dominum cui per servum hӕc acquisita, quam ad servum liberum effectum pervenisse; & ex adverso in *l. 80.* quia servus pro parte porè, pro parte sub conditione institutus proponitur, partē conditionalē, non potuisse partem puram sequi, eique accrescere, sed opus fuisse ex se stare, & nova aditione interventa, servo (si liber reperiatur, & jàm capax) acquiri, ut ipse *Faber* admisit; ex his omninò sequetur retinendam receptam lectionem esse in illis verbis (*dato scil. cohӕrede*) nã illa sunt, quӕ faciunt, ut portio conditionalis in diversa persona radicetur.

3 Neq; obstat, quod Iutis Consultus alteram illam, deindè afferat rationem à *Fabro* perpensam *num. 4. quod omnia paria permanere debeant in id tempus, quo alterius portionis conditio extet, ut acquiratur ei, cui prior portio*

4 *acquisita est*; nàm ut rectè *Valenza noster lib. 3. tract. illustr. tract. 1. de acquir. hӕred. cap. 5. n. 4.* observavit, Prior ratio proposita in verbis, *dato scil. cohӕrede*, pertinet ad eum casum, in quo conditio defecerit. Secunda vero ad eum in quo extiterit, quod ut apertiùs fiat, observandum est propositum *Pauli* in hac *l. 80.* esse, ut perpetuò Dominum excludat; hoc autem ut agat, proponit datum cohӕredem fuisse, nam si datus hic non foret, quamvis si conditio extitisset, & servus effectus liber adivisset, nō quӕreretur conditionali Domino, ea ratione quia servus effectus liber est; ideoq; non omnia paria permansa: attamèn si conditio defecisset, aut noluisset servus liber effectus adire, porrio hӕreditatis vacua existens alteri portioni accresceret atque ita ab ea Dominus in hoc casu non excluderetur; atqui, ut diximus perpetuò excludere eum *Paulus* volebat; igitur ad hoc rectissimè datum cohӕredē ille posuit, quod pessimè nos dispũgeremus. In eo itaque oscitans *Faber* est, quod non distinguit defectum conditionis ab ipsius conditionis existentia, nèc videt rationem il-

lam, quod omnia patia permanere debeant, ad existentiam non ad defectum conditionis pertinete.

5 Retenta itaque lectione *l. si quis hæres* 35. detrahenda non erit negatio ab eiusdem §. 1. i: ubi scriptum *dicendum erit eum non quæsivisse suam portionem*, quandoquidem, ut optimè *Gothofredus* notat, non acquirit in proposita specie pater suam portionem iudicio testatoris; sed patrio jure, & non ut hæres defuncti, sed ut pater eius quem cohæredem habuit, quibus *Gothofr.* dictis addo ex *Accursio*, quod cum aliud sit *portionem acquirere* saltèm in sensu illius §. aliud *portionem obvenire*, rectè scriptum fuit, portionem patrem non quæsivisse, non enim acquisivit quia per conditionem exclusus adire non potuit; quàvis ad eum (cum portione filij, cui portio paterna excluso patre accrevit) jure potestatis tandem pervenerit.

6 Hæc autem quæ dicta sunt non concutit quod *Valenza* loco citato *num.7.* Opponit, nempè J. Consultum absolutè *patrem non*
7 *quæsivisse* dicere; etenim, ut jam diximus, revera, & rigorosè in proposita specie pater nõ acquisivit, at quià accrevit portio portioni filij, eamq; sequuta est, ideo non malè dicitur filio obventa, aut etiam si mauis filio quæsita, non tamen idem dices respectu patris; ut certè intelligimus apertissimè ex emphasi illorum verborum Pauli: *Eum non quæsivisse suam portionem*: nam innuit loqui de immediata acquisitione; quamobrem, & si filius acquisierit, quamvis pater tandem per filium, & ipse acquisivisset, sempèr verum est Eum non quæsivisse suam portionem, facta relatione ad immediatam acquisitionem, non ad mediatam.

His adde quod *Valenzæ* expositio *num.8.* pace tanti viri, ideo bona non est, quoniam vult intelligendum J. Consultum de portione paterna, quæ pendente conditione, per filij aditionem non patri quæritur; quando obstant verba Pauli absoluta, *si exclusus per conditionem sibi datam*, quæ satis ostendunt conditionem non pendere; sed defectam esse, nàm alioquin exclusus absolutè pater, dici non debuerat; & rursus obstat, quod etiàm pendente conditione pars hæreditatis in pẽdenti stare non potest; ideòque ad filium, & & per hunc ad patrem quæritur.

8 At ad *Fabrum* redeamus: is in *l. totiès* 81. *eod. tit. de acquir. hered.* addita negatione legit *nu.* 15. *non si mortuus ad hæredem non transferret substitutionem*, huic autem emẽdationi, omisso quod ea nil inelegantiùs, ne dicã ineptios excogitari potest, ut quisq; videt; illud quoque obstat quod cum *Vlpiani* sententia sit, toties cohæres institutus, videri etiàm ex causa substitutionis adijsse, quoties acquirere sibi potuit: sequitur, quod is qui sibi non potuit acquirere, quamvis post mortem hæredem habeat, (cui aliàs acquiri solet,) attamèn quia substitutio ad hæredem non transfertur, non poterit dici ipsum ex substitutione quoque adijsse.

9 Denique observandum quod de conciliatione prædictorum Responsorum *l. si quis hæres* 35. §. 1. *& l. si solus* 80. §. *si servus* parùm sollieiti *Repetentes*, illud mordicus tenent cum *Baldo*, quod jus in principali dispositum ad appẽdicem trahitur; adeòque aditionem, ob institutionem factam, trahendam quoque ad partem illam hæreditatis quæ ex vulgari substitutione veniet, vel ex jure accrescendi. quod & qui in Foro sunt admittunt cũ *Grasso in recept. sent. §. ius accrescendi qu.* 31. *& sequ. & qu.* 11. *num.* 3.

10 Illud tamèn mirum videtur, quod quamvis circà ea, quæ superius sunt dicta à J. Consultis, & à melioribus Interpretibus tàm varià opinamenta allata sint, nõ aliam ob causam, nisi quia hæreditatis individuitas exegit, ut pro parte adiri non possit; attamèn insupèr hæc omnia *Pragmatici* habeant, & posse hominem pro parte testatũ, & pro parte intestatum decedere concedant, & ex hoc admittendum adeuntem ad eam partem in qua succedere potuit, reliquã vero perventurã ad successores ab intestato cõcludant cum *Rubeo de testam. cap.* 11. sed pro pleniori materiæ cognitione videndi *Peregr. de iure fisci tit. de uat.* præsertim à *n.* 12. *Fusar. de fideicom. sub q.* 125. *n.* 6. *Matesil. de leg. lib.* 1. *tit.* 2. *q.* 4.

Finis Libri Decimiquinti.

D. HIE-

D.
HIERONYMI
BORGIÆ J. C.
INVESTIGATIONES
JURIS CIVILIS
PARS QUARTA
POSTREMOS QUINQUE LIBROS COMPLECTENS.

SANCTISSIMO ANTISTITI

FRANCISCO SALESIO EPISCOPO GEBENNENSI,

D. HIERONYMVS BORGIA.

ET quem ego alium, potueram harum legalium Controversiarum judicem desiderare, quem alium dissensionum, me inter & Antonium Fabrũ, *quam te FRANCISCE SALESI, quam te, qui cum eras inter mortales Sanctissimus pariter, & acutissimus I. Consultus fuisti, eidemque Fabro Carissimus, adeoq; tam stricto amicitiæ vinculo conjunctus ut FRATRES vocaremini, talesque voluistis existimari, ut ille pleno ore præfatur in ea quam tibi scripsit Epistola, Suarum* Conjecturarum duodecimo in libro, *ipse equidem te meum judicem arbitrumque constitui, & nuncupavi libenter, quia non me fugit, te super astra positum, purissimo lumine prospicere, & rectè nosse qualis fuerit mihi mens, qualis animus, sique adversandi, ac fovendi litigia, quæstiones & ventilandi, vel siquidem desiderium detegendæ veritatis, si qua in hoc Orbe mendacij ex traditionibus legalis facultatis poterit proficisci; illud sanè me hosce libros impulit ad scribendum investigationum, & dedit fiduciam eorum postremos quinque tuo adorando nomini, ac Numini nuncupare, caterùm illud publicè, & palam profiteor cunctisque scitum volo, quod sicuti ingenio, eruditione, & studio me existimabam, (ut & nunc existimo) quàm, maximè Antagonista meo impar, & inferior, ita & multo magis, ex eo talis mihi esse videbar, quod Te ut ille non viderim, tecum dulcitèr alloquutus non fuerim, te non habuerim inter familiares, & notos; sed postea cum perpenderem potiora specimina,*

mina, majora nec immeritò mihi arrogavi; Faber te fratrem dilexit, amicum habuit, sed mortalem adhuc hominem, & humanis vicissitudinibus expositum easque timentem, Ego inter Divos, & Cælites securum Regnantem adoro, & Patronum appello, ille in Te jurisprudentiæ studia Theologicis juncta quamvis gravissima, & dissimilia, admiratus est; ipse tuos lectito libellos Cælestis doctrinæ undique plenos; ac ipsiusmet veritatis ab ore è Vaticani fastigio loquuta, accepi quæ tu patrasti magnalia, quæ divinitus miracula es operatus. Accedit (& hoc sanè Fabro me feliciorem extra Controversiam facit) quod, cum me receperint Sancta Exercitia pro Sacris suscipiendis Ordinibus contigit mihi convivere ad multos dies atque deinceps etiam familiariter uti Sacerdotibus Missionariјs Operosæ Congregationis Servi Dei VINCENTII DE PAULO Viri Apostolici, & dilecti Deo, & hominibus, cujus memoria in benedictione est. Hi etenim Consuetudine suavissima, Charitateque dulcissima, & omnigena Eruditione præditi, dum suum exprimunt Venerabilem Patrem, & Institutorem qui (vel te judice dum loco tui Sanctimonialibus Visitationis Præsidem constituisti alter tu fuit, & parili lucis symbolo illustravit Ecclesiam) quot sunt inter nos Missionariј, tot sanè FRANCISCI SALESII inter nos diversantur; unde non unum ut Faber, sed plures fratres amicosq; Salesios sum consequutus. Diu mihi sedit in animo hæc tibi lætabundus exponere, nunc facio, & rogo ut sententiam pro me dicas, mihique litem adjudices; quod actum credam si tandem quæ in Cælis vera sunt bona, veram scil. æternamque consequar Gloriam.

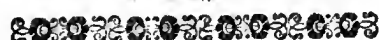


D.HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER DECIMVS SEXTVS.



CAPVT I.

De judicijs bonæ fidei, & stricti Iuris, & de Iuramentis affectionis, & veritatis.

SVMMARIVM.

1 *Distinctio inter iuramentum veritatis, & iuramentum affectionis à Bartolo tradita communiter recipitur.*
2 *Faber improbat, sed infeliciter.*
3 *Ostenditur.*
4 *Corasii obiectio.*
5 *Dissolvitur.*
6 *De iuramento veritatis.*
7 *Illud non potest vocari necessitatis, ut placet Fabro.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Quid Pragmatici.*
10 *Hoc iuramentum datur adversus tutores similesque personas.*
11 *Solet a iudice taxari quantitas ad quam usq; iuretur.*
12 *Difficultas probationis prabet causam huic iuramento.*
13 *Quid in specie de qua Paschalis, & Pratus.*
14 *Appellatione probationis non venit probatio per iusiurandum, de qua hic.*

1 DEjudicijs bonæ fidei, & stricti juris, deq; differentijs inter ea dicturus *Faber.* Statim in hoc capite impugnandam suscipit *Bartoli* distinctionem magis communitèr ab *Interpretibus* receptam, quod aliud sit Iuramentum affectionis, aliud veritatis, adversùs quam jàm antè ipsum arma plerique sumpserant, quorum præcipui *Franciscus Duarenus in Paradoxis ad l. in actionibus 5. D. de in litem iurando, & Joannes Corasius lib. 6. Miscellan. cap. 1. & seq.* sed sicuti his parùm felicitèr id cessit, judicio gravissimi viri *Valentini Forsterii in tract. de iurisdictione Romana. lege 3. de privatorum iure num. 135.* ità prorsus in-
3 felicissimè *Fabro* adversùs quem & si insurrexerit strenui ingenij vir *Osualdus* in *Donello lib. 26. cap. 10. lit. B.* & plura attulerit, non tamèn præripuit nobis, aliquid etiam investigandi in *Fabrum* potestatem.

3 Et sanè si potiùs ad rem ipsam, quàm ad nomina attendere velimus, si verum est, quod nèc ipse *Faber* negare est ausus, quòd in bone

fidei

fidei judicijs indulgemus jutanti ex æquitate
ipsius judicij, quandoquidèm bona fides non
paritur, ut Dominus, qui dolo, & contuma-
cia alterius, re sua carere cogitur, eam iusto
ptetio vendete etiam compellatur *l. 1. l. si tu-
tor 8. D. de in litem iur.* Si inquam verum, hoc
est, quis negate audebit, quod quotiès jurat
Dominus, & suo jutamento, non tàm justum
pretium, & verum tei suæ, quam illud, quod
sua affectio cõstituit, exprimere cum oportet,
hocque ei indulgetur itaut & in infinitum
usque juvare possit *l. vetustatis 4. §. iuvare D.
de in litem iurando* (ne scil. ut diximus cogere-
tur tem suam iusto pretio doloso, & contuma-
ci vendere) quis negare audebit quod is iurat
secundum dictamen suæ affectionis, & ideò
iuramentum ab ipso præstitum rectè iura-
mentum affectionis appellari possit, & de-
4 beat. Nèc obstat quod *Corasius* opponebat
d. cap. 1. num. 4. in plerisque iuris locis vo-
luptatis, & affectionis ratio non haberi
*l. servum D. ad l. aquiliam l. pretia rerum D. ad
5 l. falcidiam*, & similibus; Nàm id & si verum
tùnc locum sibi vindicat, cum dolus, vel con-
tumacia non intervenerit, & cum leges no-
stræ non indulserint ad eà coercendã, Domi-
nicę affectioni pro rerum existimatione. Rur-
sùs observate etiàm debuit *Corasius*, quòd du-
riùs agendum erat cum eo, qui cum posset,
restituere iussus, dolosè, & contomacitèr ver-
satus non paruit, quam cum eo, qui occidit
servũ, aut furatur; ille enim in leges genetales,
& in magistratus authoritatem delinquit,
hic tantummodò in privatam justitiam, &
proindè in puniendo illo affectionis ratio
habenda non itèm in isto *l. eum, qui §. si filius
D. de furtis l. si servum D. ad l. Aquiliam.* Un-
dè plura in hac re apud *Borcholten ad tit. de
in litem jurando cap. 2.* itemque apud *Doncl-
lum* de hoc juramenro affectionis acutè, &
plenè, ut solet *comment. 26. cap. 7.*

6 Porrò si verum est in strictis judiciis nõ so-
lum non iuranti indulgeri; sed necessitatem
ei imponi, ut verum rei prerium exprimat:
quisnàm ex eo quod verum pretium expri-
mitur, iuramentum huiusmodi veritatis iu-
ramentum non appellaverit; Veritaris qui-
dèm, nàm quamvis re non extante, sciri non
possit, an verum ipsius pretium, an affectionis
suæ expresserit iurans, ur opponit *Faber n. 13.*
tamèn cum neminem mentiri eredendum sit,
supponit legislaror eum, cui vetarur, nedum
non indulgetur, ut plus iusto pretio iu-
reiurando exprimat, nonnisi verum, sibi no-
7 tumq; expressurum. Cæterùm minùs rectè vo-
caretur hoc iuramentum *necessitatis jusiuran-
dum*, ut *Faber num. 13.* desiderat, nam & si à
necessitate, ob quam ad iuramentum deve-
nitur, sumenda denominatio foret, utique &
iuramentum affectionis, tale etiam appellan-
dum, nàm ad illud, etiàm eadem necessitate
impellente, quam facit rei non existentia de-
venimus: posset quidèm hoc iutamentum ve-
titatis vocari iuramentum veræ æstimatio-
nis, aut alio simili modo; at hoc in *Bartoli* de-
nominationem incidere est.

8 Sed quomodo huiusmodi distinctio
ad suos casus adaptari possit, ac etiam
quomodo explicari, & defendi debeat pas-
sim *Interpretes* docent, exceptis admodùm
paucis, quinimò ad plura protrahunt, ut in
uno *Ploti tractatu de in litem iurando* videre
9 est. *Pragmatici* quoque, & distinctionem
eandem recipiunt, & quádo ei locus esse pos-
sit præfiniunt post *Capicium decis. 91.* & *Me-
nochium de arbitrariis lib. 2. casu 207.* præser-
tim quando alitèr veritas haberi non possit
Peguera quæst. crimin. cap. 23. nu. 6. de reliquò,
etiàm iuramento veritatis difficultatem pro-
bationis, & dolum conventi causam dare fa-
tentur cum eodem *Menochio casu 208.* & *Natta
cons. 79. nu. 13.* & *cons. 345.* quod prius
Bartolus docuerat in *l. 15. §. hoc interdicto,
D. quod vi, aut clam*, qui & praxim huiusmo-
di iuramenti deferendi primus proposuit ex
*l. si possessor 27. §. restituere D. de in litem iu-
rando*. Sed quæ concurrere oportcat, ut hu-
iusmodi iuramenti delationi locus fiat ex-
plicat etiam *Afflictus decis. 169.*

10 At cum hoc iuramentum deferri ut pluri-
mum soleat adversùs tutòrem qui inventa-
rium non fecit *Afflictus decis. 260.* & si mater
tutrix suissèt *Ozaschus decis. 58.* non itèm si
pater: *Sola ad antiqu. Constit. Sabaudiæ Glossa
sup. 1. par. decreti Inventarii tit. de minoribus
num. 43.* Itèm adversùs eundem tutorem, qui
in lata fuit culpa circa res pupillares *Vera
decis. 119. par. 2.* vel fructuum perceprorum
tationem non reddit, *Crescentius decis. 5.* aliàs
*188. sub tit. de iureiurando Sola in antiquis
Const. sabau. Glossa 3. super decreto quantitatem
par. 1. tit. de min. num. 42.* *Peccius cons. 178.* &
192. Item deferri contrà quemlibet admini-
stratotem *Vera decis. 120. par. 2.* aut contrà
spoliantem idem *decis. 121.* & *Gratianus di-
scept. cap. 4. nu. 26.* & in summa contra quem-
libet dolosum restitutioni obnoxium *Affli-
11 ctus decis. 230.*; solet semper in his casibus à
Iudice in iuramento prædicto summa taxari,
ad quam usque iurari liceat, ne nimis affectio-
ni tribuatur. Vide *Boerium decis. 55. num. 3.*
& eundem *Afflictum decis. 360.* *Mising. obser.
12. cent. 4.* *Rotam Avenion. decis. 85.*

12 Insuper ut adversùs hos tutores aliosque
prædictos iuramentum detur, duo concurre-
re opus esse *Pragmatici* clamant, primũ quod
fuerit in dolo is, adversùs quem iuratur. Se-
cundum quod difficultatem probationis ha-
beat is, qui iusiurandum exhibet. Vide *Alto-
marum ad Rovitum decis. 5. ad num. 8.* Nam si
aut

aut in dolo non fuerit, aut probatio aliundè æquè commodè haberi possit, locus huic iu-
13 ramento non erit: Et hinc cum in ea specie, de qua *Conf. Pratus* post *Paschalem de viribus patriæ potestatis par.6.cap.5.vers. quibus collimat.* dum bona patrimonii (etiàm inventario à tutoribus non cõfecto) aliundè, & satis clarè apparerent, nèc difficultas ulla in probando eorum valore haberi iustè potuisset, ex eo solùm, quod tutor inventarium facere per inscitiam, aut perfidiam reliquerat, admitti iusiorandum adversùs eum non debuisse, satis convincitur.

14 Utcumque illud notabile est, quod *Capicius* adnotat in citata *decis.91.n.3.* sub *probationis* verbo simplicitèr prolato, non compræhendi huiusmodi probationem quæ fit per iuramentum; quoniàm non veram; sed fictam probationem facit.



CAPVT II.

De differentia inter judicia bonæ fidei, & stricta.

SVMMARIVM.

1 *Quid in hoc capite praestet Faber.*
2 *Nostra sententia qua distinguit iudicia bonæ fidei à strictis & si mora contracta nec nè fuerit.*
3 *Quid in iudiciis bonæ fidei si non intercesserit mora.*
4 *Quid si intercesserit.*
5 *Quid in strictis iudiciis.*
6 *Quid Repetentes & Pragmatici.*
7 *Capicii cautela.*
8 *In infligenda pœna corporali mitius aut acrius æstimatio rei non poterit ex iuramento desumi.*
9 *Corpora dotalia semper æstimanda inspecto tempore quo in dotem dantur.*

1 Refellit hic *Faber* aliorum sententiam præsertim *Jacobi Cuiacii* circa moram, & bonæ fidei iudicia, sed iure, ne vel iniuria ambiguum est; unde nos aliis id investigandum relinquimus, & quod utilius legenti erit, quid in re aliàs perplexa, & obscura sentiamus, paucis proponemus.

2 Primò inspici volumus, utrum mora contracta fuerit, nèc nè; deindè, bonæ fidei iudicia à strictis separari, si de ineunda rei de-
3 bitæ æstimatione tractetur. Et quidem si mora nulla præcesserit, in iudiciis bonæ fidei rei iudicandæ tempus observabitur, in strictis autem litis contestatæ, ut *Ulpianus* nos docet in *l. sed mihi 3. §. in hac actione D. commodati* in hæc verba: *In hac actione, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, similitèr in litem iurabitur, & rei iudicandæ tempus quanti res sit observatur, quamvis in strictis iudiciis litis contestatæ tempus spectetur.* Et ità sanè proptèr æquitatem iudicii bonæ fidei debuit, & tempus rei iudicandæ inspici, eo quod hoc tempore pinguior solet esse æstimario.

4 Sed si mora intercessisset ex parte rei, tùnc in bonæ fidei iudiciis æstimabitur res quanti plurimi valuit, quod elegantèr *Pompon.* in *l. ratio 3. D. de act. empt.* expressit, ibi: *si per venditorem vini mora fuerat, quominùs traderet, condemnari eum oportet, utro tempore vinum pluris fuit, vel quo vanit, vel quo hic in condemnationem deducitur, itèm quo loco pluris fuit, vel quo vanit, vel ubi agatur.* Et rursùs idem Iuris Consultus, in mora vice versa per actorem contracta, subiicit, *quod si per emptorem mora fuisset, æstimari poterit pretium, quod sit cum agatur, & quo loco minoris sit, &c.*

5 At in strictis iudiciis, vel res extat, & condemnationis tempus spectandum erit, vel non extat, & mortis tempus; sed ut πλάνη ut *Ulpianus* ex *Celso* docet; Verùm in utroque casu id, quod deterior res facta est æstimabitur, ex sententia *l. in hac actione 3. D. de cond. triticaria*, de qua nos plura infrà.

6 Hæc quidèm nos, sed alitèr, & variè *Repetentes*, & *Pragmatici* sentiunt, ut apud ipsos videre est: In eo tamèn omnes conveniunt exceptis paucis, de quibus alibi, præeunte cæteros *Bartolo in l.3. §. in hoc D. commodati*, quod in æstimatione, quæ ob moram, vel post senteotiam eresfeit, deduceodum sit tempus, quod datur iudicatum ad solvendum, & tempus moram purgandi; circa quod de periculo eveniente scribunt nonnulla post eundem *Bart. in l.25. C. de fideiuss.* & *Afflictum decis.150.num.7.*

7 Rursùs observandum erit cum *Capicio* docente *decis.14.n.13.* quod si quis rem immobilem debeat, & in mora constituatur, nisi eam obtulerit moram contrahendam effugiet, si constituat se nomine creditoris rem illam immobilem possidere, id quod mirum plerisque videtur, & captatorium.

8 Sed si de delicto admisso tractetur, & ob illud de pœna corporali infligenda, tùnc non posse ad eam mitius, vel acrius imponendam æstimationem rei, ex iuramento deduci scripsère *Bartolus*, & *Alexander in l. fin. D. de in litem iurando.*

9 Denique & illud apud Nostros constat, quod & si in obligationibus diversimodè soleat corporum æstimatio fieri, in dote tamèn semper fit inspecto tempore, quo in dotem dantur eadem corpora, ut *Soccinus* adnotat *cons.60. volum.3.*



CAPVT III.

De eadem re ad tex. in l. 3. §. in hoc D.commodati l.vinum 22. D. de rebus creditis l. ult. de condictione triticaria.

SVMMARIVM.

1 *Faber hic suam proponit sententiam.*
2 *Sed admittit perperam quod sint distinguenda obligationes pura, ab obligationibus ad diem.*
3 *Item quod in strictis iudiciis nunquam inspiciatur tempus rei iudicanda.*
4 *Explicatur Papiniani locus.*
5 *Venit in bona fidei iudiciis etiam astimatio medii temporis.*
6 *Quid Repetentes, & Neoterici.*
7 *Quid Pragmatici.*
8 *De media quadam sententia.*

1 TAndèm in hoc tertiò capite suam *Faber* proponit sententiam, sed in qua perperam tamen pleraque admittit.

2 Et primò, quod ait in præsenti quæstione distinguēdas esse obligationes puras ab obligationibus ad diem certam, quando si nullam fuisse moram contractam proponas, nulla adhibita distinctione, par utriusque conditio erit, & si proponas contractam, idē dicendū erit; faciet hoc quidèm dies apposita, at solùm ipsius lapsum in mora constituet debitorem; nam alioquin interpellatio esset necessaria; hoc tamē dumtaxàt inspiciendum nō ad alium finem quam ut sciamus an contracta mora fuerit, nec nè; cæterùm ea contracta, quod per interpellationem, vel per dici lapsum contingat, ad rem non facit.

3 Secundò & illud, perperam *num.* 2. affirmat, quod in strictis Iudiciis inspiciatur semper tempus litis contestatæ, nunquàm rei iudicandæ, etiàm si mora contracta, vel per litis contestationem, vel antè ipsam fuerit; quādo in contrarium stant aperta iura in *l. penult. & l. ult. D. de cond. triticaria in l. vinum 22. de rebus creditis in l. quoties 69. D. de verborum in l. hominem 37. D. mandati*, quæ non effugit *Faber* dùm *num.* 5. replicat; in illis de mora contracta ex diei lapsu tractari, etenim & mora per interpellationem contracta mora est, & nullo iuris loco invenitur cautū, ut de ea ratio non sit habenda; aut quod fulummodò habenda sit de mora ex diei lapsu contracta; cum iuris ratio dictet, magis puniendum eum, qui interpellatus non solvit, & in iudicio vocatus, liteque eum eo contestata, contumaciter resistit, ità pattem, & Iudicem ludificando, & contumacitèr frustrando, quam is quem solus temporis lapsus in mora constituit, immemorem, forsan, & incogitantem.

4 Tertiò perperam etiàm ad suam sententiam probandam utitur, sivè potiùs abutitur *Papiniani* dicto in *l. 2. D. de usuris, quale quid est, cum petitur, tale dari debet*: etenim si Regula hæc non excludit, ut idem *Papinianus* docet, vel ipso *Fabro* fatente accessiones & fructus, quomodò poterit excludere maiorem æxtimationem rei? nullo sanè modo, nec quia (ut idem *Faber nu.* 9.) æxtimatio hæc, de qua tractamus, res ipsa est, quæ petitur, fructus nō itèm, qui ideò debentur à die litis contestatæ, quia non videretur alioquin reddita res, qualis tempore iudicii accepti, quo si reddita fuisset, eos fructus Actor deindè percepisset; Etenim potius ex hoc quod hæc maior extimatio non alterius, sed ipsiusmet rei petitæ est, quæ erevit, non aliud est, sed est ipsamet res petita tali modo pretiosior effecta. Cæterùm si fructus ideò præstandi, quia alioquin non videretur res reddita, qualis fuit petita, nam Actor percepisset, cur non idem dicemus in hac æxtimatione? dum si reddita fuisset res ea penès Actorem pretiosior facta fuisset. Unde quod erevit, si non præstetur non res redditur qualis fuit petita. De reliquo si in iudiciis strictis, quando res restituitur, id, quod deterior ea facta est, præstandum est, ut diximus suprà ex *l. 3. D. de cond. triticaria*. non enim reddenda deterior effecta; an non eum aut fructus non restituuntur, aut id non præstatur, quod pretiosior est furata res facta, deterior reddi dicemus?

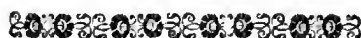
5 Quartò cum *Faber* concedat in bonæ fidei iudiciis præstandam æstimationem, quanti plurimi, perperam deindè sub *num.* 18. inspiciendum dumtaxàt scribit litis contestatæ, & rei iudicatæ, non etiam medium tempus; hoc enim nullus *Interpres* antè ipsum dixit, & non dixère Iuris Consulti, qui è contrà in *l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem D. de act. empt.* scripsère *cum per venditorem steterit, quominus rem tradat omnis utilitas emptoris in astimationem venit*, atque ità venire omnem utilitatem in æstimationem dicentes nullam excludunt, etiam medii temporis. Neque obstat illud, quod in *l. 3. §. ult. D. de act. empt. Faber* ponderat (*utro tempore maius fuerit*) nàm Iuris Consultus ibidèm non taxat duo illa tempora, sed demonstrat veluti insigniora, dum leges nostræ adaptantur ad ea, quæ frequentiùs accidunt. Et ut hic, & in capite antecedenti *num.* 11. *Faber* frequen-

quentissimum est, ut res à petitione ad litis usque contestationem, & ab hac ad condemnationem usque augeatur, vel dimiouatur, & rarum quod medio etiam tempore id accidat; ideo duo illa tempora designata, & observata à Iure Consulto fuère.

6 Sed sivè bonæ fidei, sivè stricta iudicia fuerint, sentiunt Nostri omnes, ad æstimationem rei debitæ faciendam tempus esse litis contestatæ spectandum; Verùm hoc admittunt, dummodò frustratio non præcesserit iudicium, alioquin si præcessisset, inspicieodum quidèm litis contestatæ tempus volunt, sed ut sciamus ab eo, ut initio, sivè principio incipere debitorem teneri; æstimationé vero ex tùnc crescere ad quaoti plurimi res postcà poterit pervenire: & ità *Repetentes* cum *Accursio, Bart. Baldo Castrensi, Alexandro, Aretino, Jasone, Decio*, & similibus ad *l. vinum in ver. quasi à te D. de rebus creditis, & Neoterici* cum *Corasio 3. Miscellan. cap. 13. num. 5. Julio Pacio enat. cent. 3. quest. 72. opposit. 1. Cujacio tract. 8. ad Africanum in l. qui hominem D. mandati*, & in comment. ad *l. quoties in diem D. de verborum, Bellono 2. supput. cap. 14.* item *Andreas Kool. disput. 14. num. 29.* ubi adversùs hunc *Fabri* locum disputat.

7 Nèc ab hac traditione *Pragmatici* abhorrent qui ex *Imola* in *d. l. quotiens num. 2.* ità esse de communi sententia adnotàt cum *Afflicto decis. 316. num. 1. Boerio decis. 68. num. 5. Natta cons. 599. num. 1. & 2.* aliisque.

Sunt tamen qui mediam quandam sectari voluère opinionem, affirmantes quidèm cum communi, quòd æstimatio crescat, si in obligatione certa species, aut res certa fuerit, sed si quantitas debeatur, aut genus puta vinum, & oleum, negant (uti *Faber*, hic) quanti plurimi res debita fuerit post diem destinatum præstari oportere, sed tanti dari voluot quanti fuit æstimatio eo die quo dari debuit: ità *Alciatus ad d. l. vinum nu. 17. Donellus ibidem, & ad l. quotiès num. 7. de verborum.* Sed horum sententia minimè placuit *Andreæ Kool*, ideòque impugnandam suscepit *exer. 12. à num. 33.*



CAPVT IV.

Ad tex. in l. penult. D. de cond. trit.

SVMMARIVM.

1 *Faber hic, traditam expositionem alibi, retractat.*
2 *Sed alij defendunt.*
3 *Non bonam esse ostenditur.*
4 *Nec verbis accomodata.*
5 *Reicitur Fabri animadversio.*
6 *Variè suppletiones quibus opus Fabro fuit.*
7 *Repetentes in sua persistunt sententia.*
8 *Quando æstimationi locus.*

1 PArùm hic immorandum foret in refellendo *Fabri* commento in expositione *l. penult. D. de cond. trit.* eû ipsemet *Faber de errorib. Pragm. decade 88. err. 9. et decade 89. err.*
2 *1. & 2.* illud reiecerit; Nisi adhùc essent Viri doctissimi, meiq; amicissimi, qui (quod salva eorû pace dictû velim) *Fabro*, quem unicè venerâtur acutiores, quod ille defeodere desperavit, ideòque retractavit ingenuè, denuò in lucem vindicant, & adversùs omnes, quinimmò, & adversùs suum *Fabrum* defendunt. Asseremus itaque fidem *Fabro*, & ex sua sententia, sententiam ipsius oppugnabimus; illud ante omnia admonentes, quod *Faber* nô solum alibi fassus est se graviter errasse in exponenda ista lege, sed hic quoque eo modo expositionem tradidit ut, præcipuè sub *n. 22.* ostenderit ad illam venisse nil aliud habens quod traderet, cum nollet communi expositioni aequiescere.

3 Et primò quamvis demus *Fabro* conditionem triticiariam stricti iuris esse (non enim *Interpretes* nostri consentiunt, nam communem quodammodò dicunt, & ad contractum, & causam accommodari; ideòque quandoq; strictam quandoque bonæ fidei esse) quamvis enim demus strictam esse, adhùc quia ut diximus: litis contestatæ tempus, inspiciendum erit si mora noo adhùc côtracta sit, & si contracta rei iudicandæ tempus, & quod deterior res facta est existimandum, nam primùm protulit *Vlpianus in citata l. 3. D. commodati*, secundum idem in hac *l. penult. D. de cond. trit.* Non debet *Vlpianus* sibi ipsi opponi, quando ut toties inculcavimus duas diversasque species in duobus diversis locis tractat; Cæterùm quantumvis in strictis iudicijs simus quis non facilè admittet, aliquid ampliùs venire in condemnatione ex eo quod in mora conventus fuit, quàm si in mora non fuisset.

4 Observandum secundò, quod à *Fabriana* expositione verba tex. reclamant, & in primis illa (*tempus condemnationis spectandum*) quæ nullo modo possunt de re iam iudicata, non de re iudicanda explicari, nam obstat loquendi modus; ille *spectandum* in futuro, & quidem ad *Fabri* mentem oportebat scribi *tempus côdemnationis spectari.* Rursùs obstant & verba præcedentia illa *res quæ petita est*; indicant enim adhùc in petitione nos esse, nàm alitèr scriptum foret: *res, quæ petita fuit.*

5 Nec juvat *Fabrû* id quod movet sub *n. 23.*

nàm quamvis judicia omnia abſolutoria dici ſoleant; potuit tamèn à Juris Conſulto docendi gratia ſpecies ità conſtitui, ut ſupponat omninò reum condemnandum eſſe, quod aliquando factum in juris libris patet.

6 Cum ergo tot repugnantia vidiſſet *Faber*, ut quomodocumque errorem ſuum fulciret, quod non poterat ex verbis Iuris Conſulti, ex ſuis efficere conatus eſt, hinc ſub *n.22.* ad ſupplenda, ideſt ad invertenda, & ad ſuum sēſum accomodanda textus verba deſcendit ſcribens. *Si quæratur res, quæ petita eſt*, ſupple *& adjudicata*; acutè ſi Dijs placet, an idem eſt, res peti, & res adiudicari? an petitio ſtatim adiudicationem ſecum trahit? Et undè nunc illud, quod iudicia ſunt omnia abſolutoria? Cur non apud *Cajum in l. ſequenti*, ubi ſcriptum *ſi merx petita* non ſupplemus, & *adiudicata*, & tamen vel ipſe *Faber* reluctat, quando nulla maior Ratio in uno, quàm in altero militat loco.

Sed pergit *Faber num.35.* & ad illa *eujus temporis æſtimationem recipiat* ſcribit ſupple *cum æſtimatio offertur à debitore iàm condemnato, non cum taxanda eſt à Judice ipſo tempore rei iudicandæ*. Quis non rideat hanc ſupplectionem? Sed ſequitur in eodem *num. Si verò deſierit in rebus humanis eſſe*: ſupple *poſt condemnationem*, & infrà, *ſi poſt moram res deterior facta ſit*, ſupple *non tamèn ſi in eadem manens bonitate utilioris tantum æſtimationis ex aliqua cauſa extrinſeca ſervus factus ſit*. Siccioè ergo nobis imponis mi *Faber*, ſiccinè ſas tibi quod nulli alij, Juris Conſultorum dicta ſupplere.

7 Sed quanquàm alibi ut diximus ſuam *Faber* rettactet ſentētiam, Noſtri in propria perſiſtunt poſt *Bartolum, & Baldum ad l. penultimam D. de cond. triticaria*, & Canoniſtas, adeòque *Panorm. ad cap. ſuper eo nu.4. de his, quæ vi, metuſve cauſa* atque id ipſum ſentiunt in hac re, quod ſupra eos ſentire iam diximus.

8 Solet tamen occaſione huius textus quæri quando petendi æſtimationem locus fiat, & pluribus allatis caſibus reſpondent ad hoc *Neoterici* cum *Alciato lib.2. diſpunct. cap. 11. & Hotomano quæſt. 16. & Pragmatici* cum *Joanne Baptiſta Aſinio in tract. execut. §.7. cap.229. & Gaillo pract. obſer. lib.1. obſer.62. num.6.* Ex quorum ſcriptis, quæ ad rem faciant, peti poterunt.





CAPVT V.

An rei debitæ æſtimatio poſſit creſcere poſt condemnationem, aut poſtquam perempta res eſt.

SVMMARIVM.

1 *De ſpecie à Fabro tractata quæ ad l. 3. de cond. trit. non pertinet.*

2 *Quid dicendum adverſus Fabrum, ſi non de æſtimatione creſcenda, ſed de non decreſcenda tractetur.*

3 *Non facienda differentia inter ſpecies, & merces.*

4 *Quid Repetentes & Pragmatici.*

5 *Annus præfixus Reſtituendæ doti immunis.*

6 *Idem de tempore in quo liquidatio debiti facta.*

7 *Idem ſi à ſententia fuerit appellatum.*

8 *Inſtrumenta quarantigiata non eſſe in hoc veluti ſententiam habenda.*

1 ET ſi luce clariùs ſit *Vlpiani* Reſponſum in *l. 3. D. de cond. trit.* nullo modo pertinere poſſe ad eam ſpeciem, quam ſibi conflat *Faber*, eique appingit, dicendum tamèn & de illa aliquid erit. Itaque ſi quæras utrum rei debitæ æſtimatio poſſit poſt condemnationem creſcere, reſpondebo in ſtrictis iudicijs nequaquam poſſe, ſatis enim eſt, quod victori fructus præſtentur iuxtà præſcriptum in *l. 3. §.1. D. de uſucap.* ſicut & uſuræ quantitatis, excepto quadrimeſtri tempore, ut in *l. ult.* & paſſim *C. de uſuris rei iudicatæ*, quod & Faber
2 ſentit hic *num. 3.* At ſi non tàm de æſtimatione creſcenda, quàm de ea non decreſcenda certet victor, aliud dicendum erit, ea de cauſa quod in damnum ire non debet; Finge ſervum in condemnationem deductum centum valuiſſe: finge poſt condemnationem, mora faciente condemnato, eluſcatum eum, certè ſi hoc accidiſſet antè condemnationem, id quod deterior factus eſt ſervus, præſtitiſſet reus, ut *Vlpianus* ex Servio in *d. l. 3. de condit. trit.* reſpondet; itaqe non ex eo quod evenit poſt condemnationem impunè id erit contumaci, & moroſo; alioquin diceremus melioris conditionis debitorem moroſum eſſe, ob id ſolum, quod ſit condemnatus, adversùs Regulam tex. in *l. evidentèr 16. D. de except. rei iudicatæ l. 3. in princ. de uſuris.* Nèc ſatisfacit,

cit, si dicas præstari in hac specie fructus rei, nempè æstimatio operarum servi, nàm id satis quidem est, ut non aliud quicquam quàm servus condemnatus præstari debeat, at nõ ut minùs servo præstare possit; sanè minùs præstaret qui condemnatus ad servum benè stantem, & validum præstandum, postquam diù contumacitèr restitit, tandèm debilem præstaret, & elusum.

3 Denique in hac re non multam differentiam constituendam esse arbitror inter species, & merces; Video enim J.Consultos ipsos, quibus potiùs quàm *Interpretibus* assentiendum est, promiscuè hæc in exemplis ponere, & nunquàm inter eas differentiam constituisse, ut nonnulli sibi fingant.

4 Verùm quamvis hæc *Faber*: si tamèn à *Pragmaticis* petas quando post condemnationem æstimatio rei debitæ non crescat? Respondent ex receptiori sententia. primò (si rectè dicatur quãntitatem crescere eiusq; æstimatio augeri,) non crescere durante tempore quod humanitatis causa condemnatis indulgetur ad faciendum iudicatum, & ita cõtendunt, quia sic voluit *Bartolus* in *l.3.§.in hoc num.12.D.commodati Castrensis, & Bolognetus ad l.vinum*, aliique. Ea nimirùm ratione, quòd eum tempore illo durante exigi quantitas nõ possit, mora solvendi cessat; sed tamè dissentiunt nonnulli in hac re, præsertim *Baldus, Jason*, & *Picus* in *d. l. vinum, Parisius cons.87.vol.3.num.20.* quibus assentijsse videtur *Kool.disp.17. num.9.*

5 Priores tamen adversantur, & magis communitèr addunt, nèc intrà annum concessum ad restitutionem dotis in pecunia consistentis sicut nèc crescere durante tempore in obligatione adiecto, *Mantesil.* adnotavit *singul.121.*

6 Quod si condemnatio quidèm sequuta sit, sed ad debitum liquidandum, unde liquidatione, opus est; tempus, quod in liquidatione per Iudicem faciendam currit debitorem non constituère in mora eique impunè esse *Pragmatici* asseverant cum *Afflicto decis.205. Vera decis.108.num.9. par.2. Magonio decis. Lucensi 3. num. 3.* Videas tamèn *Rotam Januensem decis.118.num.fin.& decis.164.*

7 Hoc ipsum dicunt, si à sententia fuerit appellatum; nàm cum provocatio rem reducat ad eum statum, in quo erat post litem contestatam, & quoad præsentem statum extinguat condemnationem *Gaillus lib. 1. obser. 144.num.1.* non potest tempus, in quo appellatio durat, æstimationem augere, ut monet *Kool* sæpè citatus *d.obser.17.num.3.* Quid autem dicendum, si non appellatio; sed reclamatio fuerit interposita alibi diximus.

Ex his constat, quod tempore immuni trãsacto, atque nulla interposita appellatione, omninò dicendum erit post judicatum æstimationem crescere, quod ad oculum ponit post *Baldum, Bartolum, Castrensem, Picum, Bolognetum* idem *Kool.* ubi supra *num. 11.* ut & *Parisius* intèr *Pragmaticos d.cons.87.n.20. vol.1.* fassus erat.

8 Cæterùm quamvis instrumenta quarantigiata, vel ob dispositionem statuti, vel ob pactum in eis appositum, pro iudicati haberi soleant, & vim sententiæ habeant, paratamque executionem; non tamèn adeò rei iudicatæ æquipatari constat ut æstimatio ex eorum die dicamus crescere, ut crescit ex tempore iudicati, licèt enim debitori, impunè solutionem differre, quamquam in instrumento ità confectò purè fuerit obligatus, nàm non illicò ei ut sententiæ parere oportet, *Repetentes* cum *Bartolo in l.eum, qui §. si juravero num.3.Castrensi Alex.& Jasone* ibidem *D.de jurejurando, Pragmatici* cum *Boerio in tract. de mora par.2.num.22. Rebuffo ad Const. Galliæ tomo 1.tit. de lit.oblig.art.2. Glossa 1. Natta cons.66.num.11.tomo 1.* alijsque, cum quibus *Colerus de process.execut.par.3.cap.3.num.3.& Kool.ubi suprà exer.17.num.7.*



CAPVT VI.

De mora, quæ per lapsum diei, vel per interpellationem contrahitur.

SVMMARIVM.

1 *Nostra sententia in hac materia quæ à plerisq; discedit.*
2 *In judicijs bonæ fidei post lapsum diei non verit considerandа dies in æstimatione.*
3 *Respondetur ad argumentum factum ab actione furti, & quid in hac peculiare sit.*
4 *In quo debitor morosus assimiletur furi.*
5 *Fabri adnotatio adversus ipsum retorquetur.*
6 *Explicantur ejusdem Pauli verba.*
7 *Juliani, & Celsi Responsa pertinent ad stipulationes.*
8 *Quid Nostrates de obligatione ad diem, & ipsius interpellatione per lapsum.*
9 *De hominis interpellatione.*
10 *An sufficiat extra iudicialis, & in quibus.*
11 *Quoties pluribus interpellationibus opus, non possunt fieri unico contextu.*
12 *Etiam testamento moram contrahi.*

1 Diximus suprà hactenus obligationem ad diem conceptam differre à puta quod in illa mora statim per diei lapsum contrahitur, in ista interpellatione opus est, nùnc

nùnc hoc ipsum explicaturi cogimur non solùm à *Fabro* in præsenti, sed à plerisque ex *Interpretibus* doctioribus dissentire.

Et ptimò in strictis judicijs nò dumtaxàt si obligatio pura, sed etiam si ad diem concepta proponatur, condemnationis tempus inspiciendum esse volumus, cum eo tamèn temperamento, quod si res quidem extet, sed deterior facta, à die adiecta ad tempus usq; rei judicandæ, illud ipsum in quo deteriorata est, reus condemnandus præstare cogetur, at si non extet æstimationem ἐν Πλάτει à die, qua esse desiit, ut ex *Vlpiano in l. penult. D. de cond. tritic.* diximus suprà. Atque ita nos non negamus adiectam diem inspici debere, nèc asserimus statuta die rem non esse præstandam; sed potiùs id ipsum contendimus, nàm quia statuta die res dari oportebat; haberi volumus ac si data ea esset, ut ita habeat actor etiam id, in quod excrevit forsan, ad damnationis usque tempus, neq; mora debitoris ei noceat, neq; subiaceat periculo deteriorationis; & in summa consequatur tantum quantum consequutus fuisset, si rem ipsam obtinuisset statim.

2 Secundò in iudiciis bonæ fidei nequaquàm post diei lapsum diem ipsam in æstimatione considerandam esse volumus, nàm ità mora contracta impunis reo futura esset, & quæso, quis unquàm admittet idipsum præstare oportere debitorem, qui contumacitèr, & morosè versatus multo post tempore præstat, quod debet, quàm is, qui fidelitèr die, qua debet, præstat. Sanè nèc *Faber* ipse id ausus est asserere. Hinc sub *num.* 11. ait *teneri debitorem pecunia, & multò magis mercis, ut creditori præstet quanti eius interfuit sua die factam esse solutionem.* At cum subilcit *in quo tamèn non continebitur pretium, quod posteà crevit*, manifestè sibi advetsatur, quandoquidem, & hoc etiam interfuit; nàm creditor si sua die rem habuisset, utique & id, in quo res crevit, habuisset, quia & apud ipsum crevisset.

3 Neque actionis furtivæ exemplum, in qua non præstatur æstimatio eius, in quo res crevit *l. ei, qui furti 9. D. de furtis*, *Fabrum* movere debuit: nàm non sicut in casu nostro in quo alias prorsùs impunita mora foret, in furto evenit, quandoquidem in hoc, quia duplum præstatur, aut quartuplum, satis puniri delinquentem constitit apud Jutis Consultos, qui noluère ultrò illum gravare, nè cresceret ex post facto præteriti delicti æstimatio *l. hereditas* 138. §. *nunquam D. de reg. iuris*. Hoc autem vel ex eo patet, quod in condictione furtiva, qua rem ipsam, aut æstimationẽ, non item duplum, vel quatruplum, ut in furti actione exigimus, venit quantiplurimi, ut in *l. 8. D. de condic. furtiva*, de qua adversùs *Fabrum* dicemus *num.* 11. quanquàm si *Fabro* credamus, neque hoc, quod dictum de actione furtiva, absolutum est, quoniam *Celsus* in *l. infaciendo §. infans D. de furtis, & Vlpianus in l. in furti actione* 50. *eod. tit.* reclamant, & præstandam æstimationem eius, in quod res crevit respondent.

4 Porrò Ratio, quæ facit, ut furtum distinguatur à cæteris delictis, facit tamen, ut debitor morosus ei quodammodò assimiletur respectu moræ; nàm sicuti fur ex quo contrectat, restituisse debuit; ideòque semper ab eo momento in mora est, ità rei debitor ex quo à die, vel ab homine interpellatus est, quia dare statim debuit, ex tùnc in mora constituitur. Et sicut ille non restituendo sæpè contrectare videtur, ità & hic moram augere; hinc dum uterque, nolente, & invito Domino, aut Creditore rem retinent, uterque ni restituant, moram cõmittunt ad tex. in *l. quamvis 6. D. de furtis, & in l. Titio Seio* 87. §. *usuras D. de legatis.* ergò si ita est quis permittat, aut si Diis placet, concedat, castigato fure, contumaciam non restituentis qui & ut ille contumax puniendam non esse, adversùs Regulas *l. 1. D. de in litem iurando l. ult. D. de fideiussoribus.*

5 Illud verò, quod *Faber n. 16. ad Paulum in l. si sterilis* 21. §. *eum per venditorem D. de act. empt.* adnotat, adversùs ipsum retorquemus, quandoquidèm dum fatetur in bonæ fidei iudicio æstimationem crescere, temerè hoc negat, cum dies adiecta est obligationi, quando diei adiectio non mutat naturam obligationis; nàm si bonæ fidei est non facit strictam, nèc voluntas contrahentium, ad quam tecurrit *Faber*, repugnat: illi namque diem certam apposuère, ut sciret debitor se *non primum debere: se illa die debere*, & antecedens tempus ei impunè esse, sequens non tale futurum; itèm ut sciret actor, quando ei debeatur, cum leges supponant debitorem ad diem, sua die soluturum: & sub hac fide homines contrahunt; Undè quod non solvat, aut præter conventum evenit, aut præter speratum; apertum itaq; & evidens quod qui diem in obligatione apponit, tempus proponit in quo rem habeat non in quo rei æstimationem, nàm hanc præter spem præstandam succedit. Ex his autem securè concludendum, quod *Pauli* sententia in *d. §. cum per venditorem* non minùs in obligationibus puris, quàm ad diem conceptis locum sibi vindicabit quinimmò magis in his, in quibus ultrà bonam fidem diei urget lapsus.

6 Vlteriùs in *Pauli* verbis non sunt, ut contraria hæc accipienda *Non major fit obligatio, & obligatio crescit*: Etenim non fit major substantia obligationis eadem enim in substantia remaner. nèc strictius obligatur, nèc arctiori vinculo, aut fortiori tenebitur debi-

tor

tor quod tardiùs cum eo actum sit, & quod tardiùs præstiterit, sed obligatio crescet tamen; nàm pinguiore continebit rei æstimationem. Cæterùm quia æstimatio ejusdem rei, quæ crevit est; Hinc non potest respectu ipsius diei major facta obligatio, quia plus debeat debitor cum non aliud quam rem ipsam debeat, & si auctam, tùnc enim major fieret si ab extrinseco veniret aliquid aliud debendum, ut puta pretium servorum fame necatorum, aut quid simile.

7 His autem non obstant *Juliani*, *& Celsi* responsa in *l. quoties* 59. *D. de verborum in l. si kalendis* 11. *D. de re judicata*, quibus abutitur *Faber num.* 23. *&* 28. Etenim procedunt illa in stipulationibus; nempè in strictis judicijs, non itèm in bonæ fidei: in strictis autem concedimus ultrò æstimationem non crescere, ut suprà diximus, non decrescere tamèn volumus, alioquin verum non esset, quod ijdem *Julianus*, *& Celsus* volunt, præstandam rei æstimationem, quanti interfuit statuta die rem datam esse; nàm aliàs minùs præstaretur.

8 Sed citrà *Fabrianas* conjecturas, vulgatissimum fuit apud Nostros quod mora, aut per lapsum diei, aut per interpellationem contrahebatur. Et quidèm per lapsum diei statim, & absque hominis ministerio, ut ex regula *l. magna* C. *de contr. empt.* concluditur *à Velascho decis.* 49. *Cavalcano decis.* 14. *de cōtractibus par.* 2. *Rota Januensi decis.* 1. *nu.* 44. *& decis.* 139. *decis.* 144. *decis.* 206. *Mising. obser.* 95. *cent.* 3. & passim; etiàm si dies tacita foret; nàm interpellabit, sicut expressa *P. Ravenna singul.* 159. *& seq.* vel etiàm si incertò à principio, deindè certificata *Bart. in l. qua stipulatus* 115. *de verb. oblig. num.* 43. ex Regula *Lecvictis* 18. *D. de usuris*, & si post diem præfinitam esset apposita clausula, *vel quandocunque* ad creditoris petitionem: adhùc dies interpellabit *Grammaticus decis.* 103. *n.* 163. Habet tamèn hæc traditio, ut omnes aliæ in jure nostro suas limitationes apud *Afflictum decis.* 150. *nu.* 34. *Tesaurum decis.* 212. *& Decium cons.* 2. inter quas insignis illa, quando tempus præstitum nimis breve, & coangustatum fuisset, tùnc enim non statim constituet in mora debitorem; sed aliquantulum adhùc expectari oportebit, ut idem *Tesaurus* ubi suprà, & *Ozaschus decis.* 71. advertit, item illa præcipua, si solutio in certo loco erat facienda, nèc probet creditor in eo loco paratum recipere se fuisse statuta die *Afflictus decis.* 316. *Modest. decis.* 307. *Rota Januensis decis.* 89. *& decis.* 175. *Menoch. cons.* 355. *lib.* 4. *n.* 5.

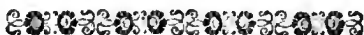
9 Rursùs & per interpellationem contrahi moram notissimum est, si dies adiecta, aut pœna apposita non fuerit, tùnc enim interpellatione opus erit, ut *Vera decis.* 231. *par.* 2. *Ozaschus d. decis.* 40. *Afflictus decis.* 150. *n. fin. & decis.* 399. *Rota Januensis decis.* 193. *num.* 1. *Mag. decis. Lucensi* 31. *num.* 6. *Dec. cons.* 516. *num.* 2. *Grammaticus decis.* 103. *num.* 166 & alij testantur, sicut & in fideicommisso præstando *Guidon Papa quæst.* 497. Quod si tempus quidèm appositum fuisset in obligatione; sed diuturnum, ex quo de facili oblivio induci posset, etiam in hoc casu interpellatione opus esse *Berous quæst.* 73. *num.* 3. *Tesaurus cit. decis.* 212. & plerique alij crediderunt.

10 Cæterùm cum interpellatione opus est, sufficere factam fuisse, licèt extraiudicialitèr dixère *Rota Januensis decis.* 24. *decis.* 68. *decis.* 165. *n.* 15. *Aloys. de Alberto singul.* 39. quinimmò sufficere datam solam notitiam dixit *Hippol. singul.* 538. Sed de his quia alij dubitant dicemus in sequenti. Illud tamèn omnes affirmant quod si prædicta admittentur, veniet admittenda in his, quæ petuntur jure actionis, non autem in his, pro quibus competit Judicis officium, juxtà declarationem factam à *Jasone in §. superest num.* 64. *in §. sic itaque num.* 40. *instit. de act. post Bartolum in l. si deposita* 4. *C. de deposit. argum. l. cum postulatum* 44. *D. de damno infecto*; nàm Judicis officium, & iudicialitèr, & testatò implorari oportebit.

Sed cum opus est interpellatione, an requirantur plures, an verò sufficiat unica, declarat *Menochius de arbitr. lib.* 2. *casu* 220. Item in quibus casibus interpellatio fieri debeat idē

11 *casu* 461. Erit tamen advertendum, quòd quotiès pluribus interpellationibus opus est, non possunt illæ fieri unico contextu; nam tùnc factę haberetur loco unius *Cassan. ad consuet. Burg. tit. des. de droit. rubr.* 4. §. 27. *Glossa* 7. *num.* 22.

12 Denique tùm debitores ex contractu, vel ex actis inter vivos; tùm etiam ex testamentis moram contrahere constat, veluti contrahit hæres in legato præstando, quod quando accidat, & quomodo mora puniatur habes apud *Leotardum de usuris qu.* 19.



CAPVT VII.

Ad legem hominem 37. D. mandati.

SVMMARIVM.

1 *Primus Fabri error in exponendo hoc Responso.*
2 *Inimica Faber Cujacium mordet.*
3 *Secundus Fabri error.*

4 Fabri

4 *Fabri tertius error.*
5 *Eiusdem & quartus.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Iterum, an sufficiat interpellatio extraindicialis.*
8 *Quid Pragmatici.*
9 *Illa fit eo ipso quod Creditor exprimit debitori rem velle aut quantitatem.*
10 *Non debet quis uno eodemq; tempore obligari ad dandũ, & solvendum, & in mora cõstitui.*

1 HIS, quæ de strictis iudicijs diximus, congruit *Africani* Responsum in *l.hom.* 37.
D.mand. Sed in eo explicãdo labitur *Faber*, ut
solet; Et in primis dum adhibendo distinctionem inter casum, in quo servus deterior
factus fuerit, & casum in quo factus vilioris
æstimationis, ad illum dumtaxàt non itèm
ad hunc, pertinere *Africani* dicta contendit;
etenim quanquàm aliud sit fieri deterior servus, aliud æstimationem eius evilescere;
(potest namque vilescere æstimatio etiam si
deterior factus servus non sit:) attamèn ut ad
utrumq; casũ verba I.C. pertineant, facit ratio
subiecta, quod frustratio prodesse non debeat,
hæc enim utrumque casum complectitur. Et
sanè si, quod vilior effectus homo est, non
præstaret is, qui in mora fuit, & tardè solveret, ei prodesset sua mora; & solveret minùs
eo quod debet, quoniàm tardiùs solveret ad
Regulam *l.vel sicut* 12.§.*minùs D. de verb. signif.* ut ergò id non admittamus, & ut frustatio non prosit, dicendum erit præstare reum
debere, nõ solũ si deterior servus fuerit effectus, sed si vilioris æstimationis; & proindè
quoad præsentem tractatum idem esse deteriorẽ servũ fieri, & fieri viliorẽ; quod eũ advertisset *Cuiacius*, & admonuisset, injuria eum
2 hic *Faber* mordet, non observans quod
melioris notę J.Consulti sępè sæpiùs deteriorem servum, pretiosiori opponãt, & deteriorem, & viliorem promiscuè dicant servum;
sicut, & contra, meliorem, & pretiosiorem, eo
magis, quia cum attendi debeat ad ea quæ
frequentius accidunt vix servus vilior dicetur
effectus, nisi omnium servorum pretia diminuta proponas, si non deterior quoq; sit factus, & è contrà vix dicetur effectus deterior
nisi vilior sit, maximè si deterioratio ex corporis læsione venerit, ut latiùs ratiocinatur à
Fabriana calumnia DD. vindicans *Reinardus
Bachovius* omninò videndus *ad 4. tomum
de err. decade* 89. *err.* 1. *num.* 3.
3 Nec *Fabrũ* movere debuit, quod mutatio, &
imminutio æstimationis non facit quin eadẽ
species maneat; nàm si hoc admittamus ne
deterioratio quidẽ præstanda esset; nàm ex.g.
eluscatio non facit quin servus non idem
servus sit, quive præstari debuit, sicut & debilitatio & similia; concludamus itaque in
servo deteriori effecto, tùm in effecto vilioris pretij, Reum post moram præstare, quod
interest Actori, ideòque *Africani*, & aliorum Juris Consultorum Responsa ad hanc
rem pertinentia sive de deterioratione, sivè
de æstimatione loquantur, promiscuè ad
utramque pertinere.
4 Tertius error, quod & si hæc præstatio ejus
quod interest, non tàm moram punit, quàm
facit ne prosit, quod à veritate compulsus fatetur etiam noster *Faber nu.* 17. non tamèn
ideò debuit perpetuò æquiparare stricta judicia cum bonæ fidei in hac re; nàm ad sola
stricta iudicia id quod dictum, restringendum
fuisset.
5 Quartus error, quod malè ipse *Faber n.fin.*
scribit *Vlp. in l.penult. de cond. trit.* non distinxisse utrum mora contracta fuerit, nec nè;
quandoquidèm apertissimis verbis id distinxit ibi, *& si post moram res deterior facta
sit*, & rursùs *quare ad tempus mora in his erit
reducenda æstimatio.*
6 At ex hac *l.hominem, Repetentes, & Pragmatici* distinctionem illam invehere conantur, quod aut æstimatio fit officio Iudicis, &
erit tempus moræ, aut fit jure actionis, & ex
præcedenti obligatione, & erit tempus contractus considerandũ, docuère enim ità *Bartolus*, & posteà *Baldus, Castrensis*, & similes in
comment. ad hanc *l.hominem*. Ex quibus *Ioannes Baptista Vveber. in dist. Bartoli distinct.* 64.
& *Rota Ianuensis decis. ad mercaturam* 117.
& alij.
7 Sed quia potissimùm quæstio in eo consistit, an quotiès mora ex interpellatione contrahitur, interpellatio extraiudicialis sufficiat, an vero judicio, & litis cõtestatione opus
sit, & plures sufficere velint, ut suprà retulimus, quidam non; ideò expendenda erunt,
quæ *Fachin. contr. Iur. lib.* 2. *cap.* 74. habet &
multò meliùs *Andreas Kool. in exercit.* 13. in
cujus *n.* 4. luculentèr de hoc responso *Africani* in *l.hominem* agit. Diverso tamen modo
8 quo *Interpretes*, ratiocinantur *Pragmatici*,
& plures in hac re distinctiones adhibent, &
aliquando extràjudicialem interpellationem
exquirunt, aliquando judicialitèr faciendam
volunt cum *Caßãneo ad consuet. Burgundiæ
9 tit. des Droicts rubr.* 4.§.23. *Gloss.* 7. *n.* 8. & 43. cũ
illud apud omnes constet, quòd interpellatio extrajudicialis eo ipso quod creditor debitori significat se pecunia, aut re promissa
indigere, facta erit, ex *Bartoli doctrina in l.si
10 quis* 25.§.*si pater D. de acquir. hered.* de qua
Menochius de arbitr. casu 466. Cæterùm absurdum erit, ut uno, eodemque tempore quis
& ad dandum, aut solvendum obligetur, & in
mora etiàm constituatur, ut ratiocinantur
Ozaschus decis. 49. *n.* 5. & *Grammaticus decis.*
103. *num.* 165.

CA-



CAPVT VIII.

Defenditur recepta lectio in l. quotiès 59. D.de verb.ob.

SVMMARIVM.

1 *Non magna difficultate opus est ad explicandum citatum tex.*
2 *Fabri confusio.*
3 *Quid in pura, quidve in conditionali obligatione observandum.*
4 *Retinenda recepta lectio adversùs Fabrianam emendationem.*
5 *Quid Repetentes Antiqui, & Neoterici.*
6 *Praxis constituendi in moram per interpellationem.*
7 *Quomodo effugienda mora, & offerendum debitum illiquidum.*

1 QVanquàm ex *Interpretibus* plerique de difficultate interpretationis, alij de emendatione hujus legis cogitaverint, in neutro admodum laborandum esse arbitror. Nàm supposito quod de strictis judicijs agamus, ad quæ solùm hoc *Juliani* responsum de stipulatione tractans pertinete con-
2 stat(quamquàm confundat stricta cum bonæ fidei iudicijs *Faber* confusus ipse) & supposito quod in strictis, ut diximus, post moram, aut diei lapsum præstatur illud, in quo tes decrevit, ne fortè minùs eo, quod debet, præstet debitor: Sequitur necessariò, ut *Julianus* respondet eius, quod debetur, æstimationē eo tempore spectari oportere, quo dies obligationis venit. Cærrrùm hoc ipsum tùm in obligatione pura, tùm in diem concepta, tùm denique in conditionali locum haberet.
3 Et quidèm in pura, dies, quo petitut considerabitur, ne ab ea die, res decrescat, quod si decreverit æstimario facienda erit, & hoc Respondetur ab *Vlp.* in *l.3.§.in hoc D.commodati*; nā in obligationibus ad diem dies ipsa interpellabit, ideòque ab ipsa fit æstimatio. Denique in conditionalibus (quia non primum obligatio cedit, quàm conditio purificetur) dies existentis conditionis in considerationem venier: ergò tempus hoc inspiciendum, proindè cum idem in obligatione ad diem, quod in obligatione conditionali dicendum esset; nàm sicuti tùnc deberi incipir, cum dies venir, & ex tùnc mora contrahi, ità & tùnc deberi incipit, cum conditio exiltit; visum *Juliano* est, & tectissimè cōiungete uttamque obligationem, ad diem scil. & sub conditione, cum ait, *quotiès in diem, vel sub conditione, &c.* unde quod infrà sequitur, *quo dies obligationis venit*, exprimit, & complectitur utramque obligationrm; nam venit dies obligationis, in obligarione ad diem, cū dies adiecta stipulationi venit; & venit in conditionali, cum cōditio extiterit, aut im-
4 plebitur. Valeat ergo *Faber* cum suis nugis; dùm contrà omnium librorum fidem detrahete à tex. verba (*vel sub conditione*) conatur, non animadvertens diversitatem intet obligationem puram, & obligationem ad diem, vel condictionalem in eo consistere, quod in pura, quāvis protinùs agi possit, atramē petirio expectanda hominis in obligatione ad diem, vel condirionali ipsa dies, ipsa cōditio purificata pro homine interpellabit.
5 At pertinere ad æstimationem, quæ fiat officio Judicis speciem *l. quoties §.9. D. de verbor. oblig. Repetentes* existimant, ideòque tempus solutionis spectandum cum *Bartolo, Baldo, & Iasone*, scribunt, nec abnuunt ex *Neotericis* plerique, inter quos *Hotom. illustr. quæst. quæst.16.*
6 *Pragmatici* autem & ipsi, plura tradunt ad rem ex quibus illud adnorare liber, sic esse receptum in praxi, ut ad inducendum aliquem sivè iudicialirèr, sivè extraiudicialitèt in mora, debeat ordo, sivè mandatum fieti cique exemplum cōsignari, quod adnotavit *Sola ad Const. Sabandiæ Glossa super decreto licet sub tit. de iure emphiteutico, et Afflict. decis.316.* hinc, si quomodo viceversa facta oblatione sivè iudiciali, sivè extraiudiciali, moræ contractionem effugere quis possit; quæras, & quomodò offerendum debitum sit, si adhùc illiquidum illud, & liquidandum ut dicunt Nostri; Respondent *Practici* id fieri offerendo fideiussionem de statim solvendo post liquidationem ut *Afflictus* docet *in decis.205. & Rota Januensis decis.177.num.5.*



CAPVT IX.

An ulla sit differentia inter mandatum, cæterosque bonæ fidei contractus in debitæ rei æstimatione.

SVMMARIVM.

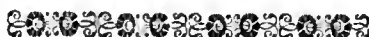
1 *Dictis superius non obstat allatum Africani responsum.*
2 *Ratio.*
3 *Mandati iudicium specialem habet rationem*

tionem ideoque malè Faber, quod in illo dictum est producit.
4 *Faber injuria mordet Cujacium.*
5 *Qui mandatum suscepit, non solum mandatum, sed qualitates, & modos servare debet.*
6 *Qui habuit mandatum ad exigendum non sufficit quod confiteatur exegisse.*
7 *Qui mandatum suscipit debet exequi, vel re integra, renunciare.*

1 QUod diximus in bonæ fidei Iudicijs æstimandam post moram rem quanti plurimi, non debet in dubium vocari ex *Africani* Responso in *l. hominem* 37. in principio *D. mandati*; nàm licèt mandati judicium bonæ fidei quoque sit, alitèr tamèn de
2 illo, quàm de cæteris judicandum est. Et ratio in promptu, quoniam, cum eo tùnc fidejussor agat, cum pro Reo solvit, aut præstitit, & hoc quod præstirit, aut solvit certum sit; sequitur necessariò non aliam ejus quærendam esse æstimationem; nàm non aliud reus præstabit fidejussori, quam quod fidejussor pro reo præstitit, & quod ab eo abest quia præstitit; atqui in proposito apud *Africanum* non aliud à fidejussore absuit
3 quam servus; ergo. Cum itaque ratio in hac specie specialis sit, ineptè quis deducet quod *Faber* facit *num. 4. Ergò nec in alijs bonæ fidei judicijs crescet æstimatio adiecta mora*. dùm oppositum verissimum est. & quidèm longè aliud est, si quæras quid præstandum sit ei, qui jam solvit, quàm si quæras quid præstari oporteat ab eo, qui non solvit. primo casu securè respondemus præstandum id quod solutū est sivè quod abest ab eo, quia solvit: hoc autem quia definitum certumq; est, nō potest crescere, vel decrescere. Secundo casu æstimationem dicemus præstandam, quæ crescet cum ipsa re crescente. Cætera ad hanc rem habes apud DD. nostros, & præsertim apud *Cujacium* ad *Africanum tract.* 18. rectè
4 explicata, à quibus *Faber* hic, qui tamèn injuria illum repræhendit sub *n. 7.* in eo, quod ex proposito *Africani* Responso, refelli eos scripserit, qui differentiam inter bonæ fidei, & stricta judicia non agnoscunt; injuria sanè, nàm si rem ipsam, non corticem verborum introspicere velimus, inveniemus mandati judicium quanquā bonæ fidei sit, in re tamèn æstimanda accedere naturæ strictorum judiciorum, eisque assimilari; & tamèn quanquàm ità sit; cum differre ab ipso stricta judicia *Africanus* moneat scribens *aliter in stipulatione servatur*: multò magis à bonæ fidei supponit differre quibus, non adeò ut strictis assimilatur, poterimus igitur ita ratiocinari ex hoc *Africani* Responso à strictis judicijs differt mandatum, quamvis hoc intèr iudicia bonæ fidei simile strictis sit: ergò multò magis differet à cæteris bonæ fei, quibus omninò dissimile est. Cæterùm quod diximus, mandatum differre ab alijs bonæ fidei contractibus, idem *Cujacius* statim advertit, & ab eo didicit *Faber*.

5 Sed cum de actione mandati agitur, solent *Pragmatici* nostri illud potissimum inculcare, quod debet is, qui mandatum suscepit, non solū mandatum, Sed & ipsius qualitates servare, sicut, & ea, quæ in modo consistunt *Rota Januensis dec. 6. & 9. decis.* 174. Hinc circà tempus nequaquam trasgredi illud debet, ut in specie huius *si hominem*; nā nèc anticipati poterit juxta tradita ab eadem *Rota Januensi dec. 2. n. 23. & 35.*

6 Hinc etiàm, qui habuit mandatum ad solutionem recipiendam non potest ex sola sua confessione quod recepit, obligare mandātem sine reali numeratione (*Capye. dec. 16. n. 7. Fr. Marcus qu. 209. p. 1. & qu. 571. p. 2. Hippol. singul. 265. ritu 15.* nisi tamèn procurator liberam habuisset potestatem, ut idem *Capycius* adnotat, quod si habuit ad exigendum in loco certo, & tempore præfixo posse adhùc exigere extra locum, & tempus, voluit *Gom. Leo decis. 71. in decis. diversorum*, cum è contrà si mandatum habeat ad solvendum alicui dubitetur, an videatur implevisse promittendo solutionem; videas tamèn *Crescentium decis. 15. alias dec. 183. sub tit. de procuratoribus*, quanquam *Rota Januensis* apertè id negat *dec. 1. num. 21.* Denique, & illud hic
7 mente recondum, quod suscipiens mādatum vel illud perficere tenetur, vel re integra, renunciare, aliàs ad interesse condemnabitur *Rota Januensis dec. 9. n. 5. & dec. 68. n. 5.*



CAPUT X.

Ad l. cum quis 23. D. de act. & obligat.

SUMMARIUM.

1 *Fabri emendatio.*
2 *Sed parum apta.*
3 *Nam semper idem remanet sensus.*
4 *Vera tex. explicatio.*
5 *Refellitur Faber.*
6 *Diverso modo proceditur in æstimanda re cum fidejussore, quam cum reo.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Explicatio magis communis huius tex.*
9 *Quæ in dubium ab alijs revocatur.*
10 *Quid Pragmatici.*

11 *An*

11 *An fidejussio possit porrigi ultro expressa.*
12 *Qui fidejussit coram uno Judice in quo reus absolutus, an coram alio teneatur.*

1 EMendat *Faber* in præsenti *l.cum quis 21. de act. & obligat.* Sed non solùm temerè emendat, verum etiàm parum aptè; quippequod, & si adiecta negatione legamus *cum quis in diem mercem stipulatus fideiussorem accepit, eius temporis æstimatio spectanda est, nō quo satis accepit*, nihilominus nunquā *Afric.*
2 dicet in æstimatione spectandam diem stipulationi appositam, etenim particula *eius* exprimit diem stipulationis in qua stipulatio confecta est, non diem stipulationi adiectam, atque adhùc negatione adiuncta, non faciet nisi hunc sensum, *cum quis in diem stipulatus fidejussorem accepit eius temporis in quo stipulatus est, non quo satis accepit æstimatio præstanda est.* sicque dicet diem. stipulationis spectandam esse, non diem, in quo satis acceptum fuit; undè quæstio illa tractabitur, utrum diverso tempore à stipulatione, accepto fidejussore dies stipulationis potius quàm dies fidejussionis attendi debeat.

3 Rursus, & quod subijcit *Fab.* de dispunctione integrę clausulę (*quo satis acceperit*) temerarium est, quia contrà omnium Codicum fidem; & quia mancum etiàm, & mutilum reddit *Africanum*, qui sic loqueretur: *cum quis*, &c. & tamèn utcunque remanebit idem sensus eademque assertio circa tempus confectæ stipulationis..

4 Cum itaque constet reijciendam eße emēdationem de vera interpretatione sollicitos esse nos oportet, non quidē quia difficilis sit: sed quia difficilem reddidère varia Nostrorū Commenta, quę omnia reijciētes, simplicius, & planiùs dicendum existimamus nihil aliud in hac *l.cum quis 21. de oblig. act.* à Juris Consulto responsum, quàm quod fidejussor mercium promissarum æstimationem præstare debeat, inspecto eo tempore, quo fidejussit: Nèq; contra est, ut plerique existimant, ejusdem *Africani* Responsum in *l.hominem D. mandati*, de quo nos suprà: Etenim ibi id quod prestare fidejussori qui solvit, debitor oporteat definitum est, hic autē quid pręstare debeat fidejussor Creditori à quo ad solutionem adactus tractatur: Rursùs ibi de homine agebatur, qui solutus à fidejussore fuerat eo modo, quo promissus; non .n. deteriorem, aut viliorem poterat solvere, quoniam itá nec seipsum liberasset, & per consequens actionem mandati non habuisset. hic de mercium ęstimatione, in qua necessariò tēpus aliquod pręfiniendum fuerat, cum hæc æstimatio soleat crescere, & decrescere. Denique ibi, cum jàm certum foret quod solutum erat, non potuit de æstimatione disceptari: at hic quia non adhùc solutum quod debebatur, ideo de æstimatione disceptatio venit. ex his autem minimè hic fatemur diversitatem esse inter mercem, & speciem, quod negavimus supra, sed fatemur diversitatem esse inter ęstimationem ejus, quod jam solutum est creditori, & æstimationem ejus, quod quia solvi non potest ad æstimationem venimus.

5 Sed duo adhùc in his observanda. Primum vel ex hoc textu apparere falsum esse, quod jactabat *Faber* in strictis judicijs, uti & in bonæ fidei attendendam esse diem stipulationi appositam; nàm & hic dies apposita
6 fuerat, & tamen non attenditur; sed dies fidejussionis. Secundum, quod diverso modo proceditur in æstimanda re cum fidejussore, quàm cum reo, ut videre est collata *d.l.hominem D. mandat.* cum hac *l.cum quis de act. & oblig.*

7 Ad hæc observandū quod nō primùm à *Fabro* præsens tex. in *l.cum quis 22. D. de act. & oblig.* sed ab *Interpretibus* quoque vexatus, & variè explicatus fuerat, ut ex pluribus explicationibus constat adnotatis à *Bologneto* in Repetitione ad *l.vinum n.41. D. si certum petatur.* à *Pacio Enantophianon lib.3. cap.72. & à Broncesten lib.2. cap.19.*

8 Et quanquàm magis communitèr in ea sententia itum sit, post *Azonem, & Accursium* ad hanc *l.cum quis*, & ad *l.vinum*, & cum *Bartolo* ibidem *Aretino n.4. Alexandro nu.8. Bologneto*, & ex *Neoter.* cū *Donello*, & similibus, quæ credit verba ejusdem *legis* postrema non de tempore interpositæ fidejussionis; sed de tempore, quo se soluturum fidejussor promiserat exponenda; adeòque quod dicitur, *quo satis acceperit* significare diem solu-
9 tioni à fidejussore dictum; attamèn, contra hujusmodi expositionem insurgunt *Jason, & Decius ad d.l.vinum*, alijq; ea de causa, quod oportebat in *Africani* specie, divinando supponere fidejussorem promisisse diversimodè à reo, & peculiaritèr in diem certam, quod sanè Juris Consultus exprimere debuisset: undè ad aliam explicationem confugere opus esse innuit primò *Aretinus*, & cum eo *Butigella* deindè *Alciatus* ad eandem *legem vinū* vers. *sed quid in fideiussore, & Loriotus* ibidèm *nu.21.* quam, tum ipsi tum *Duar. ad tit. si certum petatur cap.8.* diversimodè tradidère.

10 *Pragmatici* autem horum occasione jactāt adeò attendendam eam diem in qua se fidejussor obligavit, ut si postmodum solverit, sit tamèn habiturus actionem mandati contrà principalem à die contractæ obligationis nō autem à die solutionis, quod intèr *dec. diversorum* notat *Gom. Leo dec. 85. tom. 2.* hinc si acceptus in diem, promisisset posteà antè diem solvere, & si solvisset; actionem tamèn mandati non habebit, nisi die adveniente,

Ozasches in decis. 130. *num.*5.

11 Sed an etiam aliquando ultro expressa, fidejussoris obligatio porrigi possit, sunt ex *Pragmaticis*, qui negent, cum quibus *Revit. decis.*5. sunt qui affirment cum *Merlino contr.* 1.*cap.*43. & alijs. Et sunt qui distinguant cū *Surdo de alim.privil.*50.*n.*2.*tit.*9.*q.*31.*nu.*37.

12 tu videas additionem *Altomarij* ad citatam *Roviti decisionem*; certè si de judicatum solvendo fuerit fidejussor acceptus, expresso nomine Judicis, aut Curiæ, coram quo, aut in qua vertebatur lis, absoluto reo ab illo, vel in illa, ampliùs teneri fidejussorem iniustum foret, ut ex *Franco dec.*208. *Claro*, *Muscatello*, & alijs firmat *Caballus resol.crim.cent.*2. *casu* 109. *n.*6. cuius dicta quàdo simpliciter fidejussor acceptus fuisset, reprahendit de *Luca in obser.ad Francum in cit.dec.* Et latiùs materiam pertractat in *obser.ad dec.*320.



CAPUT XI.

De æstimatione Rerum furtivarum, & amotarum.

SUMMARIUM.

1 *Communis opinio, & Vlpiani definitio in quæstione proposita.*
2 *Faber oppositum sentit.*
3 *Movetur ex altero Vlpiani loco.*
4 *Reicitur Fabriana sententia.*
5 *Notatur Faber in pluribus.*
6 *Quot tempora in hac materia consideranda.*
7 *Patens differentia inter actionem legis Aquiliæ, & condictionem furtivam.*
8 *Ostenditur non esse exorbitans Vulpiani dictū.*
9 *De expositione l. rerum amotarum* 29.
10 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
11 *Quilibet malæ fidei possessor tenetur ad instar furis.*
12 *Qui sciens emit rem furtivam tenetur furti, sed quomodo, & quando.*

1 CUM rei non extantis per condictionem furtivam æstimationem repetimus, placuit communitèr Nostris esse præstandum à reo quanti plurimi res unquam fuit; nàm in hac re est aperta *Vlpiani* definitio *in laurc furtiva* 8. § *si ex causa D.de cond.furtiva* in hæc verba, *si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis æstimatio fiat, quaritur; placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maximè cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur; semper enim moram fur facere videtur.*

2 Sed in adversùm insurgit *Faber*, & clamat ex citatis *Vlpiani* verbis deceptos omnes *Interpretes*, ita sentisse; cum oppositum verum esset ex *tex.in l.*2. §. *quæsitum D. de privatis*

3 *delictis*: Hinc pendet tota quæstio ab interpretatione huius *l.*2.§.*quæsitum* in qua ita scriptū, *quæsitum est, si condictio fuerit ex causa furtiva, an nihilominus lege Aquilia agi possit, & scripsit Pomponius agi posse; quia alterius æstimationis est legis Aquiliæ actio, alterius condictionis ex causa furtiva; namque Aquilia eam æstimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit: Condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum Judicij accipiendi tempus.* & hæc *Faber* ita interpretatur: condictio ex causa furtiva non egreditur retrorsum judicij accipiendi tempus, idest non pluris æstimatur res furtiva, quàm quanti plurimi fuerit à die litis contestatæ ad diem usque, quo restituatur.

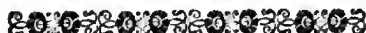
4 Sed fallitur egregiè, ut solet; etenim longè alius J. Consulti sensus sit, nempè ille, quem rectè exposuère *Accursius*, & qui eum sequuti sunt, præsertim, *Bachovius in tract. de actionib.disp.*4.*ad Thesim* 20.*lit.B.* à quibus edocemur quod in eo differat legis Aquiliæ actio à condictione furtiva; quod in Aquilia æstimatur res quanti plurimi eo anno fuit, & hinc tempus retrorsum delicti considetatur, at in condictione tempus retrorsum non inspicitur; Sed fit æstimatio quanti plurimi fuit unquàm, sed à die delicti, id quod etiam *Gothofredus* in notis ex *Cuiac.ad Africanum* exposuit: undè in hac *l.*2. §. *quæsitum* non *quanti plurimi* opponitur cum *eo*, *quod fuit, litis contestata tempore*; Sed cum in utroque quanti plurimi veniat, oppositio est intèr illud *quanti plurimi retrorsum ab anno*, atque ità à tempore antè delictum commissum, & illud *quanti plurimi quod à die delicti in anteà*; *nec retrorsum tempus* complectitur.

5 Hoc autem cum ità sit, quis *Fabrum* non rideat sub *n.*30. ridentē *Accursiū*, quod dixerit judicium accipiendi tempus aliud non esse, quam tempus ipsum, quo furtū fit, quasi ut rectè dici possit, *hoc est judicij accipiendi tempus*, oporteat de facto, & statim judicium acceptum fuisse, & non sufficiat quod accipi potuerit; non rideat in sequentibus scribentē judicij accipiendi tempus illud esse, quod tùnc est, cum litis contestatio fit, quasi, quod non sit illud potiùs, quo judicium accipitur.

6 Debuit ergò *Faber* tria tēpora distinguere, primū quod judicij accipiendi tempus vocabitur, critq; illud, in quo facultas agendi nascitur; secundum tempus, quo judicium accipitur; nempè illud, in quo lis contestatur; tertium judicij accepti, quod sequitur post litis contestationem. Debuit etiam obser-

servare, quod *Vlpianus* in hac *l.1.§.proposita* de primo loquebatur; quod statim commisso furto nascitur, & quanquam difficile sit, ut eodem tempore, quo furtum fit, iudicium accipiatur, sufficit *accipiendi ex tunc* tempus esse, de reliquo, & si difficile, non tamen impossibile est, ut *Fabro* videtur; nam potest fur in fragranti reperiri, & statim ad Prætorem duci, nisi forsan illud *eo tempore*, non *te-*Πλαχηs eum Juris Consultis, Sed pro eodem prorsùs momento accipiatur. Patet ergò
7 apertam differentiam esse inter legis Aquiliæ actionem, & condictionem furtivam, eamq; in eo cōsistere, ut totiès diximus, quod in illa tempus quanti plurimi retrorsum inspicitur, ut anni curriculum efficiatur, in hac non ītē, sed quanti plurimi à die commissi delicti in antea, hoc autem evidentissimum fiet, in unū coniunctis duobus *Vlpiani* locis, nempè in *l.2.§. quæsitum De privatis delictis, & in l.8.D. de condictione furtiva*.
8 Nèq; exorbitans est, quod *Vlpianus* ait, nēpè iudicij accipiendi tempus venire quoque in æstimationem; nàm quanquàm illud præcedat iudicium, sivè litis contestationem, subsequitur tamēn delictum: & quia à die delicti fur sempèr in mora fuit (deberet enim ex quo rem alienam contrectavit, statim eam restituere) ideò quia non restituit puniendus est; nec quisquam sanè mentis desiderabit interpellationem, & judicium, quando in hoc maximè differentia est intèr furem, & cæteros debitores, quod cæteros lapsus diei obligatoni adiectæ, aut interpellatio in moram constituit, furem autem quod rem alienam contrectat; nàm tùnc adversùs leges delinquit; undè reijciendus *Faber*, dum sub *n.6. & 12.* æquiparat furem cum cæteris debitoribus, quasi idem esset delinquere, & non delinquere, nocentem esse, & innocentem, & quasi non iniustus existimandus qui velit Domino imputandum, quod rem suam non petijt, non imputandum furi, quod rem alienam contrectaverit, & retinuerit.
9 Ad hæc observandum, quod cum, an idem in actione rerum amotarum, quod in condictione furtiva locum obtineat, quæritur *Faber* in præsenti negativè respondet, contrà *Triphon. in l.rerum amotarum 29. D. de act.re. amot.* qui apertis verbis affirmat; oportet meminisse, quod quamvis actio furtiva à condictione furtiva discrepet, ut omnes norūt, & quamvis fateatur *Triphon.* uxorem revera furtum committere, non tamen concludit, ut credit *Faber*, actionem rerum amotarum assimilari *actioni furtiva*, sed assimilari *condictioni*: sic enim loquitur: *Crescet æstimatio, ut in condictione furtiva rei*; & ex eo quod priùs dixerat (*nam veritate furtum fit*) sicut non rectè elicitur, ergo furti actio competit: ità nec rectè deducetur, ergo actio rerum amotarum furtivam actionem imitatur; nam sequitur Juris Consultus seipsum explicans, *ut in condictione furtiva rei*, & sanè in condictione furtiva tùm illud est, quod æstimatio ex tempore admissi delicti sumitur, nèc expectāda litis contestatio, aut interpellatio est; tum etiam, quod ab illa die crescit ad quanti plurimi unoquàm fuit, & utrumque est in actione rerum amotarum in qua quod lenius coerceatur mulier non in hoc est sed in eo quod non quatruplum, aut duplum præstat, & in alijs ex se notissimis. Cæterū quod fateatur *Triphoninus* revera mulierem furtum committere, non eò pertinet, ut convineat æstimationem rerum amotarum ab ea præstandam esse, inspecto tempore, quo fuerunt amotæ; nàm non multum erat, & quisq; debitor hoc ipsum præstat, vel in contractibus, quantò magis in delictis; sed eò ut convincat ad præstandum teneri mulierem quanti plurimi, ut in condictione furtiva.
10 Porrò constans sententia apud nostros est, quod cum res furtiva, aut amota non extat, conventus condictione furtiva, aut rerum amotarum, tenebitur ad æstimationem quanti plurimi, & quod tempus illud spectatur, quo quam plurimum ab admissa contrectatione res valuit, ut docuit *Bartolus*, & *Baldus*, & *Repetentes* in comment. ad *l.in re furtiva 8.§.si ex causa D.de condict. furtiva*, & *Cuiacius* Neotericorum Princeps *in l. quoties 59.D.de verbor.obliga.Pacius cent.3.Anat.73.* Itèm, & Pragmatici quoque eum *Soccino cons. 136. Asinio in tract.execut.cap.227.§.7. Covarr. in cap.peccatum 2.p.§.6.nu.2.de reg.iur. in 6.* quod *Borgninus in suo tractatu de tutore, & curatore n.237.* Ampliavit, & si non criminalitèr, sed civilitèr actum fuerit, ut ex *Cravetta, Sola*, & alijs adnotant etiam Addentes ad *Clarum §.fin. q.2.n.7. vers. unum tamen, nota in hoc propos.*
11 Hoc autem ijdem *Pragmatici* extendunt ad quemlibet malæ fidei possessorem, voluntque illum teneri, ut & furem ad valorē quanti plurimi eum *Surdo dec.179. Fabio de Anna cons.95.lib.2.Gratian.tomo 1. discept. forens. cap.91. Costa de portione rata q. 110. Rota Januensi.Cravetta*, & alijs citatis, à *Consil. Hodierna ad d.Surdi dec.n.20.* ubi, & illud tractat, an intèr malæ fidei possessores adnumerandus, is qui res minorum emit, non servatis sollemnitatibus.
12 His & illud addēdum est, quod si quis mala fide res furtivas emisset, non solum ad exsolvendum quanti plurimi, si res forent perempta tenebitur; Sed etiàm plectendus erit pœna furti, ut *Clarus* docuit *in Pract. crim. §. furtum.vers.sed hic inciditur*, at si bona fide, & ignoratèr emisset, rem quidem restituere

tuere oportebit, & fine pretij restitutione (*Capella Tolosana q.151.in additione, Natta cons. 436.* at non ut fur punietur, quinimmò sunt, qui, & restitutionem vitare hunc posse dicat post *Ioseph Ludovicum decis.42. Fr. Marcum q.7.p.2. & Hartamanum cap.2.tit.de emptione lib. 1.* si citra ipsius culpam res non extaret, nàm tunc ad aliud non adigi justissimum erit; sed si à fure res furtiva fuisset sublata, furem primum adversùs furem secundũ actionem non habere *Pragmatici* volont ex *Petro Roij decis. Lituania 3. n.559.in dec. diversorum.*



CAPVT XII.

Conciliantur Iuris Consulti in quæstione l. ei, qui 9. D. de furtis, defenditur tex. in l. ius jurandũ 34. §. nec semper D. de jurejurando.

SVMMARIVM.

1 *Nullum in proposita quæstione inter J.C. dissidium.*
2 *In quo differant species tractatę.*
3 *Ratio conciliationis.*
4 *Reicitur Faber.*
5 *Nequaquam à Triboniano Pomponij Responsum interpolatum.*
6 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
7 *Qui in uno loco furatur in alio invenitur, cujus loci pœnis subiaceat?*
8 *Et cujus loci domino?*

1 In ea quæstione de qua in *l.ei qui 9. D. de furtis* nullam fuisse Inter Juris Consultos dissesionem, quamvis contrà contendat *Faber*, & desperatam credat intèr eos conciliationem sub *num.*10. facilè mecum intelliget quisquis advertat, primò apud omnes paritèr receptam regulam fuisse ab *Vlpiano* propositam in *l. in re furtiva 8. §.1. D. de condit. furtiva* qua asseritur quod fur sempèr moram facere videatur; nam statim restituere debebat, quod malè accepit. Advertat secundò ex hac regula descendere, quod quia fur quousque non restituat furtum continuare videtur, si res prætiosior effecta sit, hujus etiam rei sic pretiosioris effectæ quatruplum, aut duplum præstare cogetur; hinc si subreptus fuerit infans: & is apud furem adoleverit, adoloscentis furtum factum dicetur, quia & tùnc cum adolescens erat, restitutus non fuit *l.inficiãdo 67. §.infans D.de furtis* proindè, & adoloscentis pretium duplabitur, aut quatruplabitur, ut dictum est. Denique advertet quod alia sit quæstio quæ tractata apud *Cel-*
2 *sum, & Papinianum* in citatis iuribus ab illa, quam *Pomponius* tractat in *l.ei, qui 9. de furtis*, nam non apud *Pomponium* quæsitum, an rei pretiosioris effectæ quatruplum, aut duplum præstandum esset; sed an magis actio furti nasceretur, idest ut rectè explicãt pleriq; ex *Interpretibus* intèr quos præcipuus *Dion. Gothefredus* in notis, *an actiò furti multiplicaretur*, & ratio dubitandi veniebat ex Regula proposita; qood fur sæpè contrectare videbatur, & furtum committere; at cum sępiùs res contrectatur, solet, & nova actio furti nasci *l. inter omnes 46. §. fin. D. eodem tit. de furtis.* Hoc autem magis, ac magis locum sibi vindicare in eo casu vìdebatur in quo res crevisset: etenim si ideò rei pretiosioris effectæ quatruplum, aut doplum præstat fur quia & eius rei, quæ crevit furtum commisit, iam nova actio furti cõpetere videbitur, quia oon solum rem, sed & quod crevit noviter contrectatum est; sed contrà visum *Pomponio*, ideòque neque in id, in quo res crevisset magis nasci actionem forti sivè multiplicari actionem furti Respondet; & ratio fuit, quia continuat primum, non delictum novuum fur committit, & quamvis rem etiã effectam pretiosiorem furetur, id tamèn facit continuando priorem furtum, non novum committendo: hoc autem postremum eveniret, si res reversa ad dominum, ab eo denuò surriperetur, ut in specie *§.fin.d.l.46.*

3 Hæc autem superioribus non adversantur; nã quanquàm verũ sit non multiplicari actiones furti, neq; major, aut efficacior fieri, & quãuis verum priori actione agendum esse, id non vetat, ne veniat in quatruplatione, vel duplatione pretium ejus, In quo res crevit; nã & hęc insimul cum re unica, & pristina actione peti poterit, sicuti non ideò quia verum quod sæpè eadem res contrectatur, & sæpè ejusdem rei furtum committitur, ideò sæpè novum fit furtum, & à priori distinctũ; adeo ut novam producat actionem; nàm potest sępè fieri contrectatio, continuando priorem furtum, non novum committendo, & qui prius delictum contiouat sæpè delinquit, & qui rem furatam retinet sæpè furatur, at non novum furtum facit, nec novum à primo, & destinctum delictum.

4 Non ergò *Celso, & Vlpiano* adversatur *Pomponius* quamvis *Faber* id velit, & subtilem agat in opponendis eorum dictis, velitque adeò secordes, adeò stultos fuisse compilatores, ut non adverterint se sub uno eodemque titulo pugnantia responsa proponere. sicuti nec adversatur prædictis *Jabol.in l. cum furti*

ri 9. D. de in litem iurando: quia de diversa re ille agir, nempè de juramento faciendo, in quo vult exprimendum ab actore tanti, quanti res fuerit, ad hoc, ut res demôstretur, sicut, & *Vlpian. in l. in act. 19. D. de furtis*. Cæterum non ex eo quod actor demonstraturus rem, jurare oportebit tâti rem fuisse cum subtraheretur, sequitur furê præstare non debere id in quo res crevit, quando constat crevisse; siquidem hoc secûdû procedit ex alia causa, nempè ex odio furis, & delicti, & ex eo quod in mora semper fuit, & similibus; at illud primum de iure jurando, procedit ex eo quod notitia distincta, & vera habenda est valoris rei furatæ, & ad hoc ut cum veritate iuretur; & sa nè si fingas subtractum Infantem, esset nè Iustum ut iuraret dominus sibi subtractum adolescentem, quamvis sciat, cum jurat, jàm infantem adolevisse, Certè nequaquàm; ergò jurabit infantem sibi subtractum, ut quod verum êst iure jurando affirmet, id veró non prohibet quin adolescentis deindè duplum, aut quatruplum præstandum sit; nàm quamvis constet infantem subtractum, côstat quoque adolevisse eum apud furem.

5 Quod autem sequitur apud *Pomponium in §. sed si eam* in citata *l. ei qui 9. D. de furtis*, ejusdem J. Consulti esse, nèc *a Triboniano* interpolatum, abundè convincit adversùs Fabrianam Conjecturam propositam hic *nu. 12.* *Celsi* locus *in l. si pignori 54. §. cum furti D. de furtis*. nam ab illo dignoscimus, primò absurdum non esse, ut qui rei æstimationem, quinimmò duplatam etiam, aut quatruplatam sive triplatam (quoniam æstimatio illius in quatruplo numeratur, ut dicemus infra *c. 19.*) consecutus est, rem quoq; ipsâ vindicare velit prętextu, quod quatruplû pro pœna sit, vindicatio, & persecutio comperat pro re ipsa; hinc quod iu adversum opponitur, quoniam facit quidèm, ut quatruplum persecutionem non perimat, sed non facit, ut verum non sit quod is qui quatruplum, aut duplum consecutus est, æstimationem quatruplatam, aut dumplatam rei surreptæ consecutus non sit. Et ut hoc non obstante rei vindicationem habere fatagat, sequitur non facilè nec statim homines rei ipsius surreptæ, aut ipsius æstimatione contentos se dicere? Denique cum traditum fuisset in *§. fin. instit. de furtis*, & *in l. si pro fure 7. §. 1. D de condict. furtiva*, & alijs in locis, dominum, & vindicationem habere, & condictionem, si hoc ipsum, & à *Pomponio* traditum fuerat, ut *Faber* concedit in hac *l. ei, qui §. 1.* cur non debuit cautionem proponere quo altera tolleretur? vel ex his mer, quæ idem *Faber* monet, scilicet vel ex ea ratione, quod injustum fit eum, qui rem ipsam consequutus fuerit, aut æstimationem ipsius, adeòque quasi tem suam vendidit; denuò rem ipsam, aut æstimationem captare velle; & vice versa si dominus quia de re sua desperabat, æstimationem acceptaverit, posteà rem invenerit, cur non ei permittendum erit, ut æstimationem receptâ restituendo, rem suam vindicet? an cogetur re sua etiam invitus carere, nec sufficiat furto prius perdidisse, tandiù ea caruisse, & demùm tot labores substinuisse, ut inveniret.

6 Sed adhùc, & duo sunt, quæ ex *Interpretibus, & Pragmaticis* ad hoc caput adnotati possum, primum quod si res furtiva pretiosior fiat, id, quod illi accrescit, censetur cû re ipsa unicum furtum esse, undè condictio, & & pro incremento illo competet. secundum quod contra furem in litem juratur *Plotus in repetitione l. si quando num. 189. circa finem C. unde vi, Parisius conf. 109. num. 3. Julius Clarus in praxi crim, §. furtum nu. 18. & Mascardus de probat. concl. 471.* videndus quoque erit ad rem *Cravetta de antiq. temper. p. 1. vers. vidimus num. 15.* Sed cum contra furem non solùm civilitèr, sed varijs sanctis pœnis, præsertim à localibus sanctionibus, & à Statutis, criminalitèr quoque procedatur,

7 quæri solet, an si quis in uno loco furatus sit, in alio repertus carceribus mancipetur, debeat loci carcerationis, an verò loci delicti pœnis puniri? & sunt qui si acrior pœna fuerit imposita in loco delicti, & ibi adversùs fures duriùs procedatur, negent illis pœnis furem puniendum, & adducunt *Angelum de maleficijs in ver. etiam veste nu. 116.* aliosq; relatos *à Toro in suo voto 93. num. 59. à Farinacio quæst. 174 num. 58. & Sanfel. dec. 41.*

8 Supradictæ affinis est quæstio, si qui in unius domini territorio furatus est, inveniatur, & capiatur in territorio alterius, sit ab hoc domino, an ab illo puniendus, in cuius territorio deliquit, & quidèm puniendum ab eo, in cuius captus fuit concludunt *Peguera decis. 28. Farinacius quæst. 7. nu. 7. & Capiblancus de Baronibus pragmatica 8. par. 2. num. 234.* quicquid *Clarus in §. fin. quæst. 28. num. 15. Guazz. ad defensam c. 1. num. 2. & Fachin. lib. 9. cap. 19.* in contrarium scripsère, quorum tû sententiæ locus esse posset, cum furtum in loco aliquo insigni foret commissum, ut addunt *Capibl.ancus* ubi suprà; sed videas plenè de hac te agentem *Lucam ad Francum dec. 681.*



CA-



CAPVT XIII.

Rursùs de jure jurando veritatis.

SVMMARIVM.

1 *Redit ad Bartoli distinctionem impugnandam Faber.*
2 *Denuò refellitur.*
3 *Non mera, & absoluta impossibilitas, sed difficultas probationis, facit locū iuris jurando.*
4 *Quid de dolo.*
5 *Refellitur ratiocinatio Fabriana.*
6 *De altera specie tractata a Fabro.*
7 *De tex. in l.nummis 3. D. de in litem jurando.*
8 *Quomodo appeliandum iusiurandum in eius specie, & in l.siquidem.*
9 *Adversus furem, & spoliatorem bis jurari dicunt Pragmatici.*
10 *Facultas iurandi quæ competit spoliato non transit in heredes, nec ad hæredes.*
11 *Nisi spoliatus pupillus.*
12 *Et nisi hæres spoliantis de veritate informatus sit.*

1 RETorquet in præsenti *Faber*, quæ primo capite adversus *Bartoli* doctrinam ab omnibus receptam de juramento veritatis, & affectionis proposuit; Sed statim sibimetipsi adversatur; dum sub *num*.2. nullum esse scribens iusiurandum in litem, quod affectionis non sit, deindè in sequentibus agnoscit iuris iurandi quoddam genus, in quo vera rei æstimatio veniat, & quod (ut revera est) verita-
2 tis sit; & quanquàm hoc iuramentum necessitatis potiùs iusiurandum appellari ipse *Faber* velit; attamen quia ut *cap*.1. diximus denominatio non desumitur in hac distinctione à causa impulsiva, sed ab eo quod in iuramento versabitur, ideò cum verset in hoc vera ipsius rei æstimatio, veritatis appellandum erit, & cum aliquid affectioni iurātis cōdonatur, affectionis; idcircò nō potest quod veritatis dicimus, iusiurandum necessitatis appellari, nam & quod affectionis vocarur etiam necessitatis foret dicendum ab impellente causa quod res non extet, & proindè ad æstimationem descendimus, & quoniam ipsius valor aliundè probari non possit, ideo ad iusiurandum devenimus.
3 Sed pergit *Faber*, & sub *n*.4. repræhendit eundem *Bartolum*, quod dixerit difficultatem probationis locum facere huic iuramento veritatis quādo est in causa, potiùs mera, & absoluta impossibilitas, probationis, injuria tamèn repræhendit, nàm si non verba captare velimus, id ipsum quod *Faber*, & *Bartolus* exagerabat, sed paulo modestiùs; nā seipsum explicans idem *Bartolus* tunc difficilem esse probationem dixit, cum res non possit ad oculum demonstrari, atque ità in his verbis *cum non possit*, aliqualem impossibilitatem exquisivit; verùm hanc impossibilitatē merā, & absolutam neque esse, neque esse posse, palā est; nō enim impossibile aliquod naturalitèr, aut moralitèr in re de qua agimus versatur, nam, & si difficillimè fieri possit, ut sine delatione iuris iurandi res æstimaretur, cum ius iurandum admittimus; adhùc tamèn difficilem rem esse, non impossibilem merè, & absolutè dicendum erit.
4 Porrò quo ad dolum attinet, fateor verum esse, non semper opus intervenisse, ut ius iurandum deferri possit; nàm in specie *Marciani* de qua *in l.in actionibus §.ult. D. de in litem iurando*, nullus dolus intervenerat; sed nego *Bartolum* omnino exegisse, ut dolus præcesserit: exegit quidèm id *Glosa*, at ille ipsius sententiam dumtaxat retulit. quod autem sub *n*.7. tanquam certum assumit *Fab.* nempè quod æstimatio hominis quàvis post motam mortui talis esse debeat, qualis homo est, cum petitur: sed si homo extet, talis qualis esset eo tempore, quo iudicium acciperetur, iàm suprà cōfutatum est à nobis ex apertis Juris Consultorum Responsis, præcipuè ex *Vlpiani, & Marcelli in l.penult. D. de condic. triticaria*, qui apertè concludunt, quicquid noster *Faber* suis nugis obtenebrare conetur, æstimationem rei ad tempus moræ reducendam esse.
5 Insuper si ratiocinationem illam quæ sub *num*.10. & seq. extat, admitteremus, utique in nullo casu in proposito iuramento eius delationi locus esse posset; semper enim probatio certa foret; nàm sempèr dies certa invenitetur; certa siquidèm si ea adiecta obligationi, certa quoque, & si non adiecta; nàm illa erit ipsa dies interpellationis, quoniam ex tùnc in mora debitor esset, hinc per consequens nunquàm difficilis, & multò minùs, ut ipse *Faber* exigebat impossibilis probatio futura; hinc *Marcianus in d.l.in actionibus 5.§.fin.D.de in litem jurando*, prorsùs alitèr ratiocinatur, & re non extante, non posse iudicem sine delatione iuris iurandi rem æstimare, scribit, ita fassus solam rei non existentiam efficere, ut iudex deferre possit ius iurandum, & supponens non obscurè, non multum referre adiecta dies fuerit obligationi, nec nè, quandoquidèm etiam die adiecta si res non extet ad æstimationem venire iudex

iudex non poterit, ideoque opus iuramento. Denique casus ille, ad quem malè restringere *Faber* conatur *Marcianum* in quo scil. præsens æstimatio debeatur, & res tamen non extet, vix unquam inveniri posse, ex his, quæ in superioribus diximus constat.

6 Hoc autẽ asserimus quoq; in alio illo casu, de quo tractat ipsemet *Faber num.* 15. de homine bonæ fidei iudicio debito, & petito, qui post litem contestatam decesserit, unde dubitatur, an ius iurandum actori deferri oporteat; Etenim si res non extet, difficilis ipsius æstimationis probatio erit, & hinc ad iuramentum deveniendum esse in superioribus diximus, quando si res extaret de iuramento tractari non oporteret.

7 Sed veniamus ad alterum Responsum, quod *Vlpiani* est in *l. nummis* 3. *D. de in litem iurando*, nam illud etiam optimè quadrare *Bartoliana* sententiæ, & distinctioni videtur, dum ibidem *Vlpianus* duo asserit, primum in nummis simpliciter depositis judicem non oportere ius iurandum in litem deferre ea nimirum ratione quod certa sit nummorum æstimatio. secundum posse judicem ius iurandum deferre, si forte de eo quis vellet iurare, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse. Itaque requirit J. Consultus, & quod interfuit, & quod difficilè probare possit, id quod interest, & hoc postremum idest, difficultas probationis oritur ex eo quod difficile sit probari quanti re vera intersit, & oritur etiã quia in proposita specie res pignorata distracta fuerat, sivè (quod idem est) non extabat, non quidem nullo modo, & penitus, sed respectivè, quod satis erat, nam ut diximus non exigitur absoluta, & mera impossibilitas, sanè quod in proposito extabat quidem, sed ità extabat, ut facilè æstimatio haberi non posset, ad deferendum ius jurandum descendere opus judici fuit: valeat ergò cum suis nugis *Faber*, & ab *Vlpiano*, vel invitus in hoc textu ad probatam doctrinam *Bart.* agnoscat, sciat-

8 que *Bart.* optimè dixisse hoc iuramentum, de quo *Vlpianus* esse veritatis, non affectionis triplici ratione; prima quia, hic non indulgendum actori est, secunda quia super pœna commissa cadere, non poterat affectio, tertia quia super pignoribus nulla erat, aut admodum parva, nam qui pignoravit illam jam distractioni obnoxia reddidit. Cæterùm *Bartolus* ipse non adeò sistit in hac sententia, quin pro contraria, nempè pro juramento affectionis non disputet, ut videre est in Commentarijs suis ad hanc *l. nummis.*

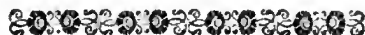
Tandèm pro Cotonide adnotabo, quod juramentum illud, de quo *Imp. Leo in l. siquidem* 9. *C. unde vi*, nec veritatis dici debuit, nec necessitatis; sed potiùs affectionis: etenim quia non cogendus est is, qui vim passus fuerat, rem suam quamvis justo vendere pretio, debet affectioni aliquid indulgeri quod sanè ita fuisse ex ipso Rescripto probatur in quo iubet Imperator taxare iudicem ad quam summam usque iurari possit; taxationi autem tùnc locus cum affectionis juramentum defertur, ut notissimum est.

9 Quod autem monuimus in superiori capite adversùs furem iurari in litem; sicut adversùs violentum spoliatorem, nunc repetimus adijciendo bis, non solù semel iurari posse; primò, ut constet de quantitate, & numero rerum deperditarum, secundò, ut de ipsarum valore; quod observavit *Vera decis.* 121. *par.* 2. Verùm quamvis iuramentum hoc potiùs affectionis, ad puniendum delictum, quam veritatis dici possit; attamèn iudex in eo quantitatem taxabit, ut monet *Pegnera in quæst. crim. cap.* 23. *n.* 7. cum tamen priùs constare, & antè omnia de ipso delicto debeat, & hoc nisi constito, ad iuramentum non deveniri *Cravetta cons.* 287. *n.* 5.

10 Hæc vero facultas iurandi, quæ spoliato datur, (nisi is tempore spolij pupillus fuisset, *Natta cons.* 18.) non transit in hæredem spoliati, nec contrà hæredem spoliatoris *Mising.*

11 *obser*, 12. *cent.* 4. *Rota Aven. decis.* 85. *in decis. diversorum*, quamquã si hæres esset informa-

12 tus de veritate, ut Nostri loquuntur adversùs ipsum transiret idem *Natta dicto cons.* 18. *n.* 20. & *cons.* 202. *nn.* 14. Sed hæc satis; eum tamèn lectorem monitum velim, me, quæ hic de juramento, aut in sequentibus capitibus adduxi, interpretum more, & ad civilium Juris Consultorum digessisse normam. Cæterùm ad veram, nempè ad Theologorum Regulam omnia libentissimè directa velle, & viris in Theologica facultate præpollentibus præcipuè *D. Jannario de Auria* antiqua familiaritate mihi conjunctissimo morum integritate & doctrina omnigena omnibus bonis admirando, libentissimè subijcere.



CAPUT XIV.

De novatione, quæ fit ex judicato.

SUMMARIUM.

1 *De hac novatione quid Accursius, & Bartolus.*
2 *Quid Faber.*
3 *Nostra media sententia.*
4 *Probatur adversus Accur. & Bart.*

5 *Item adversus Fabrum.*
6 *Explicatur l. Gregè 13. §. etiam D. de pignor.*
7 *Item l. si cum à te 25. D. de dolo.*
8 *Conciliatur cum l. servus 20. D. eodem.*
9 *Explicatur l. si fundus D. de pignor. circa §. creditor.*
10 *De clausula eiusdem §. creditor.*
11 *Quid Pragmatici.*
12 *Cum novatio necessaria intervenit eadem pignora manent.*
13 *Idem in novatione voluntaria, si ita conventum & pignora repetita.*
14 *De novatione per coniecturas inducenda.*

1 IN hac disputatione de novatione per sen-
tentiam facta neq; *Accursio, & Bartolo* di-
centibus, novam quidem actionē nasci, prio-
rem tamèn manere illesam, atque ita nova-
2 tionem non fieri; neq; *Fabro* ab opposito con-
tendenti omnino, & semper priorem perimi,
3 assentiendum est, sed media via sequenda, &
dicendum modò perimi pristinam actionem
ex judicato, novamque indoci, modò non
item, secundum quod extrema (ut ità loquar)
habilia, vel inhabilia fuerint. Et sané quo-
4 ad primum de excludenda novatione, adver-
sùs *Accursium, & Bartolum* plura jura sunt,
quæ admittunt novationem per sententiam,
& inter hæc *l. 4. in princ. §. si quis condemnatus l. miles 6. §. ult. D. de re judicata l. tutor D. si quis caut. l. procurator l. minor 4. D. de mino. l. si fundus 16. §. si minor. D. de pign. l. hoc verè 56. D. de solut. l. 8. C. de rebus creditis, & l. ult. C. de usuris*, & ratio qua tot iura nituntur il-
la est, quod quasi contractus, qui in iudicijs
celebratur *l. 3. §. idem scribit D. de peculio* per
sententiam perficitur, undè novatio, quæ
per litis contestationem facta fuerat *l. delegare 11. l. aliam 29. de novat. l. 3. C. de novationibus*, sed facta quasi sub conditione, si con-
demnatio sequeretur, ea tandem secuta,
veluti extitisset conditio, omninò absolvitur
& perficitur, totumque suum obtinet vigo-
rem, ut *Neoterici* multò meliùs quam *Faber*
hic *num. 4.* explicant, inter quos præcipui
Hugo Donellus 14. & 16. comment. c. 20. Frāciscus Duarenus ad tit. de novat. cap. 1. & Petrus Faber ad l. non solet 86. D. de reg. iur.
5 Quoad secundum adversus *Fabrum* ea po-
tissimùm ratio, firmat non sempér huiusmo-
di novationem locum sibi vindicare, pristi-
namq; actionem omninò peremptā, quod ad
hoc ut id sequatur, duo verificari oportet unū
scil. ut actio novanda in judicio deducatur,
alterum, ut nova actio ex sententia nascatur
in quā transferri ius pristinæ actionis possit
l. 2. l. quotiès 14. in princ. & §. ult. & passim *D. de novat.* At hæc duo non semper verificari
contingit; ergò; & sané non semper actio,
quæ novanda foret, in judicio deduci pa-
tet in speciebus tractatis apud *Paulum in l. in commodata 17.* & apud *Africanum in l. rem mihi 21. D. commodati*. hinc in illis su-
peresse pristinam actionem concluditur, nē-
pè ex locato, & ex commodato contrariam,
ea nimirū de causa quod in iudicio non illa
contraria, sed directa tantummodò fuerat,
deducta, ut non solum meliores *Interpretes*,
sed vel ipse *Faber* in Rationalibus ad *d. l. si rem*
proposuit.
6 Habet etiam eandē rationem quod *Marc. in l. Grege 13. §. etiam D. de pignoribus* Re-
spondet, nàm in specie ibidèm proposita in
personam egerat Creditor, ut contextus si
attentè omnia perpendamus satis ostendit,
nam quamvis in principio dixisset Juris Cō-
sultus (*etiam si creditor judicatum debitorem. &c.*) atque ità paulò generalius esset loqu-
tus, tamèn dum adijcit, *& si cum defensore in personā egero*, statim innuit se loquutum de
creditore, qui in personam egerat, nam alio-
quin impertinentèr, & malè, ita subiecisset; &
Rursùs dum ait *multò magis ergò si in personam actum sive cum reo, sive cum fideiussore*, satis
ostendit de qua specie loquatur, itaq; & apud
Marcianum ideò hypothecaria novata non
est; quia in personam agens Creditor, illam
in iudicio non deduxit; verùm si hæc expo-
sitio alicui non placeat, sequatur, quam
velit; nàm plures, & probabiles omnes à
Neotericis adaptari ad hunc textum solent,
præsertim à *Dionysio Gothofredo in notis*, sciat
tamen opus non esse, ut in *Fabrianas* angu-
stias se implicet, dicatque cum ipso *num. 8.*
quod etiam postquam Creditor egerit, liteq;
fuerit contestatus, & sententiam pro se obti-
nuerit, condemnatus fuit reus, rursùs, & hy-
pothecaria agere oportebit.
7 Insupèr, ut dicebamus, non sempèr à sen-
tentia nova actio oritur in qua possit prius
transferri, probat hoc *l. cum à te 25. D. de dolo*
in qua eum qui dolo adversarij inductus, ab-
solvi eum iudicio passus est, non de dolo ha-
bere actionem; sed priorem retinere, scriptum
est, ea nimirum ratione, ut interim ommit-
tamus, quæ *Accursius*, quem *Donellus sequitur d. 15. comment. cap. 4.* quæ *Julius Pacius cent. 3. q. 85.* aut *Eguin. Baro in l. servus 20. de dolo*, aut alij commenti sunt, ut cum *dicta l. servus* hanc *l. cum à te* concilient, ea ratione
inquam, quoniàm in iudicio, de quo *Paulus*
nulla nascebatur actio, Sed tantum exceptio
in favorem rei qui fuerat absolutus, meritò
igitur remansit pristina, quia inquam trans-
funderetur, non habuit; de reliquo, ut hanc
8 *l. cū à te 25.* cum *d. l. si servus 20. eod. tit.* Cōci-
lies observare debes in *l. cū à te 25.* fuisse ab-
solutū reum quasi exsoluisset, sed in *l. si servus*
absolutum quasi nunquàm fuisset debitum,
quod

quod petebatur, & nullus intervenisset contractus; hinc in *l.si servus* necessaria actio doli, nàm sententia faciebat, ut de pristina actione tractari non posset, quæ ex nullo contractu, ut supponebatur, nulla nata fuerat, at in *l.cù a te* non necessaria; nàm supponebatur extitisse contractum, & natam actionem, sed solutione satisfactum.

9 Concinit his, quæ dicebamus aliud Responsum in *l.si fundus* 16.§. *Creditor D.de pignoribus*, quo monemur, quod si nova non nascitur actio, potest Creditor pristina uti, & si exceptio rei iudicatæ ei opponetur, replicationem habebit de re secundum se iudicata, quod eum benè percepisset *Faber*, & expressisset *n.6.* eo magis condemnandus est, quod sub *num.16.* reprehendat *Accursium* tale quid admittentem in specie §.*si pluris* qui sequitur in eadem *l.si fundus*. Et quidèm si ve-

10 rum amamus, non debet clausula illa, *Semel enim causa transire videtur in condemnationē, & indè pecuniam debere* indistinctè, & generaliter accipi, ut *Fabro* placet, (nam si ita cur non idipsum locum habuit in specie huius §. *Creditor*?) sed ità explicāda clausula prædicta erit, ut in ea rationem dubitandi Juris Consultum assignasse intelligamus, sicùt, & in sequentibus; Erat enim ratio dubitādi quod ex eo quia Creditor ex vi iudicati exegerat, & debitor solverat, iàm causa in condemnationem transiisse videbatur; eo magis quod sententia lata proponebatur, cuius authoritas urgebat; tamèn Juris Consultus concludit humanius esse, ut cum is quod revera debebat iam dederit, hypothecam liberaverit, atque ità asseveravit ille priorem hypothecam manere, novatamque non fuisse, sed remansisse pro eodem pretio, non obstante lato decreto, in quo maior quantitas, ea quę debita revera fuerat, continebatur. Sed *Faber* videns rationibus se certare non posse, effugiū quærit, atque quod *Marciani* scriptum; nomine, à *Triboniano* additum fuisse, quasi quod ratio ipsa, & si Respōso aperto careremus, satis nō esset, ut ita ut facimus ratiocinaremur. Cęterū temere Respuitur etiam *l.si inter* 21.§.*ult. D. de pignor.* quoniam ab ea satis aperta ratio pro *Marciani* Responso ab *Interpretibus*, & præcipuè à *Dion.Gothofredo* deducta est.

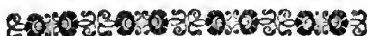
11 Verum quoniam, quæ *Interpretes* antiqui & quæ Recentiores sentiant in hac quęstione de novatione facienda per rem iudicatam suprà retulimus; restat, nùnc ut quid velint *Pragmatici* investigemus. Et hi sanè pinguius, ut solent rem considerantes, securè pronunciant, quod sententia non inducit novationem prioris actionis post *Afflictum dec.93.n.3.Vinc.de Franch. decis.155.nu.fin.* quanquàm *Surdus dec.169.n.3.* dicat non induci novationem extinctivam, quo verbu *extinctivam*, videtur innuere, noscere se & admittere aliqualem aliam novationem, quæ & novatio sit & extinctiva non sit actionis.

12 Illud verò frequentiori calculo receptum est, quod cum novatio necessaria intervenit, ut illa est, quæ fit per rem iudicatam non idem quod in actione, in pignore dicendū est, nam pignus non extinguitur ex regula *l.solutum* 11. *D. de pignor.act.* Vide *Franciscum Marcum q.537.* sanè, & si novatio vo-

13 luntariè processisset, & tamèn in ea pignora eadem repetita forent, retinebunt illa prioris temporis anterioritatem, novatione non obstante, ut alibi diximus ex apertis iuribus, & nùnc repetimus in *Pragmaticorum* gratiam ex *Gallo obser.30.lib.2.n.10.*

14 Rursùs, & in gratiam eorumdem adnotabimus, quod non tantum hæc novatio quæ per iudicatum fit, necessaria novatio dicenda est, sed etiam illa quæ per necessariam consequentiam aliquando inducendam monuimus suprà *lib.3. cap.3.* si enim incompatibiles sint contractus gesti omninò, & necessario prioris per posteriorē fieri novatio oportet, & hæc vera, & unica exceptio est ad *Justiniani Constitutionem in l.fin.C.de novat.* nam altera illa, nisi novatio per coniecturas inducatur, & si communiter à *pragmaticis* recepta, quorum nomenclaturam ad nauseam usque quando paucas tantummodo nos accipere voluit, recitat *Scoppa* in suis *observat. ad dec.Gratiani* 107. vereor ne non reijcienda sit, ut fecere, & rectè *Osualdus ad Donellum lib.16.cap.20.& Schifordegerus lib.2. forensiū tract.5.* si quidem si quis per Coniecturas inducendam novationem permittat, frustatoriā *Justiniani* provisionem reddet. Neque valeę dicere eum *Mantica de tacit.tomo 2.lib.17.tit.3.num.16.* quod per Coniecturas inducere novationem, sit inducere ab expressa hominis voluntate, etenim contraria hæc sunt *expressa hominis volūtate* inducere, & inducere ex *Coiecturis*; quando quidē coniecturæ ideo tales quia non expressionem præseferunt, has autē admittere velle potenresq; efficere, quasi quas *Justinianus* sublatas voluit inanesque reddidit solum quod expressum admittendo, *Justinianum* destruere est non interpretari.





CAPVT XV.

In actione hypothecaria jurari quoque in litem.

SVMMARIVM.

1 *Disputat Faber adversus apertum iuris Responsum, quod a Triboniano dicit interpolatum.*
2 *Sed non ita esse aliundè constat.*
3 *Vnicum Fabri argumentum, a Bachovio prostratum.*
4 *Reicitur quoque ex pluribus iuris Responsis.*
5 *Quid Interpretes, & Pragmatici.*
6 *Alteram speciem iuramenti, ad petitionem rei deferendam actori nostri induxère.*
7 *Sed illi sapius locus non est.*
8 *Quid si actor ex publicis documentis suam apparere fundatam intentionem dixerit, aut probationes per scripturas faciendas.*

1 DUM hic contendit *Faber* in actione hypothecaria non iurari in litem, disputat adversùs apertum textum *in l. si fundum 16. §. in vendicatione D. de pignoribus*, in quo *Marcianus* id affirmat, & cum idem *Faber* causatur Responsum hoc à *Triboniano* interpolatum non advertit ex Regula ab eodem
2 *Marciano* proposita in *l. in actionibus 5. D. de in litem iurando*, quod in actionibus in rem in litem juratur; dùm nulla specialis ratio in contrarium urget, apertissimè concludi, in hypothecaria quoque iurari posse, nam hæc in rem actio est, ut in citata *l. si fundum 16. §. in vendicatione*.

3 Argumenta autèm omnia quibus *Faber* suã sententiam probare conatur, cum ad unum illud reducantur, quod is iuret in litem, qui iure Dominij experitur; fallacissimo inniti fundamento pluribus ostẽdit *Reinardus Ba-*
4 *chovius in tract. de action. disp. 7. Thesi 16.* apertis namque juribus adversatur in quibus etiam illis, qui non dominij iure experiuntur, iuris iurandi facultas concessa, en tex. in *l. sed & si res 7. §. si potenti D. de public. in rem actione*, in quo jurat, qui non dominus est, & ad quem *Fabriana* responsio, quod is qui iurat exerceat quasi Dominus actionem pro nostra sententia concludit; nàm si ità est, non ergò absolutè verum, quod oporteat, ut Dominus sit is, qui iurat. en alius in *l. in hac act. 3. D. ad exhibendum* in quo *Vlp.* eodem cõtextu, & proponit, quod qui ad exibendum agit, non utiq; Dominum se dicit, nèc se talẽ debet ostendere, cũ multæ sint causæ quibus ad exhibendum agatur, & ait quoque in hac actione notandum esse, quod possit reus contumax per in litem ius iurandum peritori damnari; ità refellens commentitiam *Fabri* distinctionem *n. 25.* qua disquirendum volebat, an ad exibendum agatur ratione dominij, an ex alia causa? dum in ipso principio fatetur *Vlpianus* ad dominium se non restringi, en denique in *l. tenetur 5. §. 1. D. si quid in fraudem patroni* in qua *in actione a Faviana* jus iurandum admittitur, quamvis vindicatio *Faviana actio* non sit. Et miratur non sine causa *Bachovius*, cur ut hunc fortissimũ obicem effugeret, non *Triboniani* etiam esse dixerit *Faber*, sicut dixit de *Vlpiani* Responso *in l. qui restituere D. de rei vindicatione* de quo nos alibi; itaque cum ex tot iuris nostri locis constet non dumtaxat eos, qui agunt iure dominii, sed qui etiam domini non sunt pro eo, quod sua interest in litem jurare; Quis *Fabrum* audiat excludentem illum, qui egerit
5 hypothecaria actione? Sed quia reliqua apud *Bachovium* sunt, nos etiam pleraque *cap. 17.* adducemus, interim alios audiamus.

Sunt enim qui in hac materia iuramenti deferendi credant in omni actione, qua quis intendit alium restituere debere, posse si Iudex præcipiat, jurari in litem ex *Bart.* doctrina in *l. si cum dòs 8. §. Sabinus D. de act. rerum amotarum* hinc passim, apud illos qui in Foro versantur, mentio in quolibet judicio cum facultas probationum deficit, juramenti suppletorij ex *l. in bonæ fidei vers. oportet. C. de reb. creditis, & ex cap. 2. de probat.* ut videre est penes *Gallupp um in praxi p. 2. c. 2. n. 9.* & doctissimum illius Additionatorem *D. Franciscum Verde* qui alios adducit quibus assentitus est novissimè *Nicolaus Vincentius Scoppa* in suis *obser. ad Gratiani dec. 36.*

6 Sed alij tamèn ultrò progrediuntur, & ab hac specie juramenti in litem alteram quandam inducunt diversam, juramenti scil. deferendi actori, si reus conventus id expostu-
7 let, in qua. Primò pro certo habent, quod habens instrumentũ aut obligationem pro se jurare non teneatur nec debeat, nisi super solutione, *Crescentius dec. 4. obser. 312. sub tit. de iureiurando.* Secundò quod hoc ipsum locum habeat cum is cui juramentum defertur, intentionem suam fundatam habet testium depositionibus, vel scripturis *Ozasch. dec. 10. n. 7 Boerius dec. 95. n. 3. Lud. dec. Lucensi 35. Franc. Marcus qu. 387. Papon. lib. 9. Arestorũ tit. 6. Arest. 5.* Tertiò pro certo habent quod in actionibus famosis, & in delictis quandoque locum huiusmodi juramento esse potest, *Cravetta cons. 203. Senatus Tolosanus in decis. divers.* & denique in credito Chirographario asse-

asseverant, quod si conventus, elapso termino dato ad opponendam exceptionem non numeratæ pecuniæ iuramentum ab actore exigat super numeratione pecuniæ, non erit audiendus *Capyc. dec.* 15. quamvis contrarium videatur tenere *Fr. Marcus q.* 698. *p.* 2. *Papon. lib.* 9. *tit.* 6. *Aresto* 20. unde videas *Menochium cons.* 47. *vol.* 1.

8 Sed si probationes per scripturas sint necessariò faciendæ, & quæras, an possit quis recusare iuramẽtum, negabit *Tesaurus dec.* 256. & si nonnulli, obstrepent (quoniam apud *Pragmaticos* nil certi est) clamantes improbè recusare actorem iuramentum decisivum, sub prætextu quod publica documenta pro se habeat ad fundandã intentionem, ut adnotatum est apud *Andreolum contr.* 177.



CAPVT XVI.

De Accursij, & Bartoli sententia ad l. si fundum 16. §. in vindicatione, & l. si inter 21. §. ult. D. de pignoribus.

SVMMARIVM.

1 *Quando locus iuri iurando in actione hypothecaria ex Accur. & Bart. sententia.*
2 *Faber si locus ei est etiam contra principalem locum esse iuramento ait.*
3 *Impugnatur Fabriana sententia.*
4 *Reiicitur illius assertio.*
5 *Si dicatur etiam adversus principalem posse iurari quomodo hoc moderandum.*
6 *Faber malignus adversus Bartolum.*
7 *Cæteri communiter Bart. sententiam sequuntur in proposito.*
8 *Iuramento de quo hic, locus post litem contestatam.*
9 *Et post conclusum in causa.*

1 Accursius, & *Bartolus* à quibus cæteri tunc in actione hypothecaria iuri iurãdo locum esse docuère, cum adversùs tertium possessorem agitur, non item cum adversùs principalem debitorem, ea nimirùm ratione, quod à debitore plus debito exigere nõ possit Creditor; adeò ut si plus exegisset ei, oporteret restituere *l. si inter* 21. §. *ult. D. de pignor.*

2 At adversus hanc ratiocinationem *Faber* insurgit; & si verum foret, quod in hypothecaria iurari posset, tàm adversùs debitorem, quã adversùs tertium possessorem iurari posse contendit.

3 Verum enimvero facilè demonstrabimus falli eum egregiè, ut in cæteris, in hoc quoq; quippe si verum quod in citato §. *in vindicatione l. si fundum* 16. scriptum extat (verum nanque utrique supponimus; dum de *Accursij, & Bartoli* sententia an vera sit disceptamus) si verum, inquam, quod delato petitori iure iurando reus tanti condemnabitur, quanti in litem iurarum est, quis non intelliget ex hoc sequi, quod solummodo adversus tertium possessorem iurari poterit; nàm solummodo à tertio possessore plus eo, quod debitum est ad mensuram iuramenti exigi potest ex *Vlpiani* distinctione tradita in *d. l. inter* 21. §. *fin.* Neque verum quod jactat *Faber* Iuris Consultum in hac *l.* 16. §. *in vindicatione* generalem afferre rationem, & generalitèr loquutum esse; nam quinimmò specialissimam attulisse in illis verbis: *nam si tanti condemnatus esset quanti deberetur, quid prodesset in rem actio cum & in personam agendo idem consequeretur*, ex eo evidentissimum est, quod (cum in personam agi nonnisi adversus debitorem possit, contrà tertiũ enim non agitur, vel eodem *Fabro* teste *num.* 2.) sequitur necessariò ut illa verba in personã agendo sic explicanda sint, ac si scriptum fuisset, contrà debitorem agendo. Hinc sensus erit, ideò concedendum Creditori, ut plus debito, non illud dumtaxat, & quanti iuraverit consequatur; quia adversus tertium in rem agens aliquid amplius consequuturus est quam si adversus ipsum debitorem in personam egisset, nàm debitum tantum consequutus fuisset.

5 Ergò cum ex his constet *Accursij, & Bartoli* sententiam rectè se habere, constat quoque *Fabrum* tepræhendendum, qui illos hic teprænendit. Verum si quis obstinatè contendat in hypothecaria actione (supposito quod iuratur) etiam adversus dominum iurari posse, is oportet ut saltèm adijciat quod Iudex qui taxat quantitatem quousque iuret actor, servaturus erit *Vlpiani* distinctionem in *d. l. inter* 21. §. *fin.* & alitèr adversùs debitorem principalem, alitèr adversùs tertium possessorem quantitatem taxaturus; nàm adversùs debitorem iuxta debitam quantitatem eam taxabit: at aliquantò plus eo adversùs tertiũ; ut ita eveniat quod *Vlpianus* desiderabat, ut scil. *æstimetur adversus debitorem non pluris quam debet; quia non pluris interest, & adversùs cæteros possessores etiã pluris, quia quod ampliùs debito consequutus Creditor fuerit debitori restituet.* At quia æstimatio hæc tum adversus reum, tùm adversus possessorem præsentem iure iurando adhiberi posset, ut idem *Faber* adversùs *Bartolum* contendit; Quis non miretur eundem *Fabrum* tam per fricta fronte asseruisse sub *n.* 4. quod *Vlpianus*

in

in *dicto* §. *fin. l. inter* tractaverit de utroque casu lite æstimanda, sed ità, ut neutro casu in litem iuratę permiserit, quasi quod cum dicitur litem æstimandam, excludatur his verbis iusiurandum non potiùs admittatur, ut ex eo ad æstimationem deveniri possit.

6 Insupèr aliquam in *Fabro* malignitatem produnt eiusdem *Bartoli* commentaria ad *d. l. si inter* 21. §. *si res* nam in illis legitur quidem quod possit possessor debitum petitori solvere, eumque submovere, sed quod id possit ab initio, idest antequàm iudex in condemnationem illud deduceat, sic enim scriptũ est, *quod apparet, quia ab initio poterat possessor sibi solvere debitum, & retinere pignus*, ex his itaque patet quã malè adversùs *Bart.* tot congerat *Faber* hic à *n.6. ad n. usque* 11. vt illi imponat quod dixerit posse etiam post condemnationem possessorem debitum offerre, debitum solvere; cum tamen nusquã *Bartolus* ità scripserit, sed quod ab initio id facere poterat asseveravit.

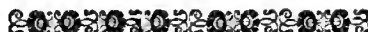
Sed hæc satis namque adversùs eundem *Bartolum à num.* 11. ad finem usque opponit *Faber* ex se corruunt debilibus innixa fundamentis, & in superioribus à nobis demolitis, dum & in hypothecaria iurari, & duplicem iuramentum esse aliud veritatis, aliud affectionis ostendimus.

7 Cæterùm *Bartoli* sententia illa, quod in litem iuretur in actione hypothecaria, quotiès agitur contrà tertium possessorem, communitèr recepta est, ut *Plotus* testatur in tractatu *de in litem iurando num.* 572. & sequentibus, & *Tepata variarum sentent. lib.* 1. *tit. de iuramento in litem* quinimmò

8 dictis addunt Nostri, quod quotiès huiusmodi iuramenta, de quibus, hic, & in præcedentibus, & in sequentibus deferuntur, ea deferri debent post litem contestatam, eo quod ante omnia dolus probandus est, & hoc fiat, cum lis contestatur *Pratus lib.* 3. *discept. forens. cap.* 76. & *Altomare ad Rovitum decis.* 5. *num.* 8. un-

9 dè etiam post conclusum in causa esse locum huic delationi iuramenti scripsit *Sanfelicius in praxi sectione* 58. *num.* 32. à quo *Pragmatici* passim.





CAPVT XVII.

Vindicatur à calumnia Fabriana tex. in l. qui restituere 68. D. de rei vindicatione.

SVMMARIVM.

1 *Qui pro hoc tex. adversus Fabrum scripserint.*
2 *Defenditur tex. inprimis verbis illis, qui restituere, &c.*
3 *Quid necessitas.*
4 *Defenditur hic tex. in l. qui restituere, ex l. à quo* 58.
5 *Item ex plerisque alijs iuribus.*
6 *Reicitur Fabriana obiectio de vi quam faciant Magistratus.*
7 *Potest Actor nisi rem præcisè malit æstimationem petere illius.*
8 *Defenditur in d. l. qui restituere, vers. sin autem non potest.*
9 *Defenditur* §. *quod judex l.* 5. *D. de in litem jurando.*
10 *Reicitur Fabriana oppositio.*
11 *Defenditur clausula (bonæ fidei Iudicis.)*
12 *Defenditur versiculus, item videndum.*
13 *De Rescripto in l. si quando C. unde vi.*
14 *Quid Repetentes, & Interpretes.*
15 *Quid Pragmatici.*
16 *Quid de executione sententia apud Nostros.*

1 QUoniam non uno in loco *Faber* adversùs textum in *l. qui restituere* 68. *D. de rei vindicatione* calamũ stringit; nàm & id facit hic, facit in *Rationalibus* ad ipsam *l. qui restituere*: facit denique de *erroribus Pragmat. decade* 85. *err.* 2. & 3. ideò non unũ Antagonistam pro dicto tex. pugnantem experitur, præcipuè *Reinardum Bachovium* infensum semper hostẽ tùm in 4. *tomo de erroribus* pluribus in locis, tùm in *tractatu de actionibus disp.* 7. *Thesi* 11. Item *Osualdum in Donello lib.* 20. *cap.* 6. *lit. G.* & denique, ut ommittam alios *Valenziam tract. illustr. lib.* 2. *tract.* 2. *c.* 4. *n.* 24.

Ergò nobis nil aliud post viros doctissimos & pugnacissimos superest, quam ut breviter hic quædam ex multis colligamus.

2 Et primò quod scriptum est in *d. l. qui restituere*, & quod adeò *Faber* exagitat (*Qui restituere iussus Iudici non pareat, contendens nõ posse restituere; Siquidem habeat rem manu militari, officio judicis ab eo possessio transfertur.*

tur. Nec novum est, nec insolens; nàm ex eodem *Vlpiano* id ipsum expressum paolò ante fuerat in *l. officium 9. sub eod. tit. D. de rei vindicat.* in his verbis (*ubi enim probavi rem meã esse, necesse habebit possessor restituere*) id autem omninò, & præcisè oportere facere, dicendum indicat ly *necesse*, alioquin si æstimationem pro arbitrio posset dare nulla necessitate restituendi obstringeretur, ad tex. in *l. obligamur* 52. *§. necessitate D. de oblig. & act.*

3 Sanè ut *Valēza* rectè monet ex *Nonio Marcello*, quia necessitas vis quædam est, quæ alterum cogere invitum potest, non benè loquutus fuisset *Vlpianus* imponendo necessitatem restituendi ei, qui ad restitutionem cogi non posset, unde si verum quod *Opellius* dicebat apud *Sextum Pompeium*, vel *Paulum Diaconum Necessarium esse, quod non possit prohiberi, quin fiat*, & quod *Cornelius Fronto* de sermone latino *necessitas immutabilis res*; Nos velle decipere videtur *Faber*, cum vult non cogendum Reum restituere, & posse eum æstimationem offerendo liberari, & si necessitas ei imposita restituendi.

4 Rursùs, & hoc ipsum, quod In *l. qui restituere* scriptum est, sentijt *Paulus* sub eod. tit. *de rei vindic. l. a quo* 58. nàm dum ait *judicem non cogere oportere possessorem, ut servum tradat, nisi ei Dominus caveat*, non obscurè innuit, cautione oblata, oportere cogere ad traditionem; Iudices enim præcisè ad factum compellere solent *l. qui liberos D. de Ritu nupt. l. si purè 37. D. de fideicomm. libertatibus.*

5 Insupèr omnia ea jura, quæ ab *Interpretibus* adduci solent ad probandum teneri quem præcisè ad factum, itemque ea, in quibus aliquando cogitur quis ad dandum quod promisit, quæ plura sunt, itemque ea, quæ à *Valenza num.* 1. adducuntur, cujusmodi sunt *l. fideicomm.* 11. *§. ult. de leg. 3. l. si hares 71. §. qui confitetur de leg. 1. l. 3. in fine D. ex quibus, causis in possessionem eatur*, & alia, ut probet (adversùs *Donellum*, qui in *l. stipulationes D. de verborum* speciale id esse in rei vindicatione, de qua in hac *l. restituere*) etiam in alijs actionibus cogi quem posse ad dandum quod debet, aut jussus est; hæc inquam omnia adversùs *Fabri* assertionem concludunt, pro hac *l. restituere*, & denique ut alios omittam facit potissimum pro *Vlpiani* sententia, quod *Paulus* scripsit *lib. 1. sentent. tit.* 13. qui locus à *Triboniano* interpolatus non causabitur *Faber*, ibi, *si quod emptum est, neque traditur, neq; mancipatur, venditor cogi potest, ut aut tradat, aut mancipet*, Ita namque apertissimé cogit *Paulus* tradere, & mancipare, non æstimationem solvere; atquì cogi non potest venditor ad tradendum, vel mancipandum sine ulla impressione, alioquin unde coactio? igitur hoc manu militari exequendum rectissimè dictum est in hac *l.* 68.

6 Sed clamat, & inculcat *Faber*, Legislatorem non permissurum in personam Civis Romani vim, & impressionem; vetare etiam Imperatorem in *l. 1. C. de offic. milit. jud.* ne in privatis negotijs milites se immisceant; At Responsio, quæ ei os obtrudat, in promptu est. Vis enim hæc, & impressio non privati, & pro libidine, aut judicis militaris sui officij limites excedentis, sed Magistratus officium suum exsequentis est, quinimmò, & ad vim repellendam ejus, qui contumacitèr rem non suam retinet, invito domino adhibita, ut plerumq; factum adnotant *Gedeus de contr. stipul. cap. 9. & Osualdus* ubi suprà. Neque in hoc Magistratus, prætextu, & fiducia dignitatis injuriam inferunt, quod prohibitum *l. nec Magistratibus D. de injurijs*, sed jure licito, & jure honoris, quem gerunt, utuntur *l. 3. de eo quod metus causa l. injuriarum 13. §. is, qui de injurijs*. Sanè ideò Magistratibus Apparitores, & Ministros datos scimus ex *l. ult. §. si quis D. de eo quod metus causa l. 1. §. necessariò D. si mulier ventris nomine in possessione*, & ex alijs juribus ab eodem *Osualdo* expensis, & à *Brissonio lib. 4. antiquit. cap. 2. & a P. Greg. lib. 36. Sintagmatum c.* 25. adnotatis. Quod autem in *d. l. 1. C. de off. milit.* scriptum est, pertinet ad Magistratus militares, qui non debent se aut milites suos immiscere in negotijs privatorum, quando nos de Iudice dato in causa à *Pratore* agimus, ex cujùs imperio impressio fit, ut *Bachovius* rectè respondet.

7 Cæterùm non ideò facultatem adimendam censemus actori, quin possit si maluerit æstimationem petere, & juramento delato eam consequi, si probatio difficilis fuerit, hoc enim arbitrium ei permissum à J. C. videmus tũ in *l. stipulatio 21. §. fin. autem D. de novi op. nunciat. in l. 1. §. ex hoc D. de ventre inspiciendo in l. Dominus 36. D. de delib. causa*, ubi *Papin.* disertè ait, *non esse cogendum dominum æstimationem pro servo accipere*, innuens id quidem non esse in arbitrio debitoris facere ut dicebat *Faber*, sed esse in arbitrio creditoris alterutrum consequi, ut explicavit *Jacobus Cujacius* ibidèm *lib. 12. respons.* Papiniani, tũ denique in omnibus Iuribus, in quibus apparet ioratum fuisse, aut restitutionem solutam, nõ rem præcisè traditam; hęc autem iura malè *Faber* adversùs *Vlpianum* obiicit, quoniàm in illis supponitur domini volũtas, & electio, cum alias iniuria cogeretur re sua, quæ extat etiam post sententiam Judicis, carere.

8 Sequitur in hac *l.* 68. de qua tractamus, *sin verò non potest restituere, siquidem dolo fecit, quominùs possit is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est*. Sed hoc quamvis verissimum esse fateatur *Faber num.* 10. perversa tamen explicatione falsum reddit; nàm nimis

lar-

largè, quod per emphasim scriptum est, interpretatur, & extendit, omnemque omninò taxationem excludit, & cum sciat id non admissum ab *Vlpiano*, qui Regulam tradidit in *l.4.§.jurare D.de in litem jurando*, quod quàvis in infinitum iurare liceat, hoc tamèn temperandum est à Judice, cuius arbitrio permittitur, ut taxet quantitatem, modumque statuat iurisiurandi, quod & *Marcianus* dixit in *l.in actionibus §. sed Judex eod.tit.*; statim ad solitum effugium currit, & à *Triboniano* corruptum *Marciani* Responsum clamat, atque ira *Tribonianum*, cuius totam esse hanc *l.qui restituere 68.* contendit, sibi adversarium facit, & quis hic hominis non miretur eum *Bachovio* impudentiam? dum nùnc *l. qui restituere Triboniani* dicit, nùnc quod scriptum adversus eam autumat, *Triboniani* esse cantatur; quid ergò Juris Consulti sentière in hac re non invenietur? Verùm & si legibus apertis careremus, adhùc ratio non permitteret ut res, ex.gr. digna quinquaginta, æstimaretur mille, atque pro ea mille solverentur; hinc quia qui re sua caret, idq; dolo adversarii facilè ad huiusmodi exorbitantes æstimationes discurrere posset, nec ideò periurus foret, aut improbus; quia esse posset quod revera mille æstimaret rē suā, v.g. servum, alioquin quadraginta dignum; Cæterum hæc immodica affectio, quæ ad iusiurandum impulit coercenda fuerat, nec permittendum, ut in infinitum usque liceat revera iurare ei qui in infinitum usque, rem suam amat; nam hoc faciet quidem ut periurus non fit, quia iurat se tanti æstimare rem quam tanti amat, sed non ideo facit ut non excedat, & non multus fit. Sed esto, quod in periuriū incideret peritor qui in infinitum rem æstimasset, nihilominùs taxatio necessaria est, quia ut rectè *Bachovius* monet *d.disput.7.thesi 13.* meliùs est, ut ad evitandum periurium ex causis, & personis permittatur Iudici aliquam summam præfinire, non quidem ad iustum usque & verum pretium, ne alioquin cogatur invitus dominus rem suam vendere; sed aliquantulum ultra. de reliquo distinctio inter iurare in infinitū, & iurare in immensum, hic non benè ad proposita adaptatur, quandoquidem si sine ulla taxatione in infinitum iurare permittas actori, is in immensum iurabit.

9 Sed videamus, quæso, quæ nàm sint, quæ adversus §.*sed Iudex d.l.* 5. de in litem iurando, idest adversus *Vlpianum*, & *Marcianum* opponat *Faber*, & primò opponit sub *nu.* 14. quod nequaquàm in arbitrium Iudicis sit iusiurandum deferre; Prorsùs insulsè, tùm quia *Prætor* non ità iubebat *quanti in litem iuratum est condemna*, sed *condemna*, ideòque in arbitrium ipsius reponebat, an deferret iuramentum. tum, quia si huic delationi non alitèr locus esse poterat, quam si probationes difficillimę, aut ut dicebat *Faber*, impossibiles fuissent, ut & hic repetit, an non hoc ipsū arbitrari iudex debebat? igitur in arbitrium ipsius erat delatio, quoniā si non esse difficiles probationes arbitrabitur, sed futuras faciles videbit, si forsan rem, quæ in longingua Provincia fuerat translata, perventuram in locum Iudicii sperasset, & in similibus casibus non concedet iuramenti delationem.

10 Secundò opponit *num.2.Faber*, quod nonnisi apud imperitos dubitari poteuit, an is qui poterat iusiurandum deferre, idem posset iureiurando taxationem adijcere: sed hæc oppositio prorsùs ridicula est; nàm se ipsum imperitum fatetur *Faber*; qui non solùm id dubitat, sed apertè negat.

11 Tertiò opponit quod non rectè scriptum sit (*bona fidei Judicis*) Prorsùs malè; nàm etiam apud eos, qui vix iuris nostri libros legère, notum est, quam sæpè hac formula (*bona fide*) Iuris Consulti sint usi, etiam citra judiciorum, vel contractuum tractatum: sicut & notissimum est in omnibus ferè rebus, & negotijs, Romanos hujusmodi formulam *bona fide* usurpasse: undè vel in adagium, *bona fide iri ad nostra*; perspicuum etiam est in præsenti *bonæ fidei Iudex* dici, idest bonæ conscientiæ, de qua *Cassiodorus lib.4. variarum cap. 8.* faciunt adnotata à *Linklama membranarum 1.Ecloga 2.in fine.*

12 Quartò adversùs ea verba: *itèm videndum, an possit Iudex, qui detulit iusjurandum non sequi id, sed vel prorsùs absolvere, vel etiam minoris condemnare, quod juratum est.* Opponit, quod jusjurandum non soleat, aut possit condemnationem præcedere; sed ipsa condemnatio sit, prorsùs malè; nàm quamvis leges dicant, judicem posse condemnare reum, quanti actor juraverit; non ideò Iudex ità omninò pronunciabit sententiam: *Condemno reum quanti Actor juraverit*; sed delato priùs juramento, & ex eo cognita rei æstimatione, condemnabit; siquidem judicem exprimere quantitatem in sententia oportet, ex præcepto §.*curare instit.de action.* Sanè ex rescripto *Antonini* in *l.summa 3. C. de in litem jurando* dignoscimus priùs deferri iusiurandum, deinde sententiam sequi in eam summam, in qua iuratum fuit, quod ipsum etiam ex *l.4. D.de act.empti*, qua abutitur *Faber* evidentissimè constat.

Itaque, ut redeamus ad ea, quæ dicebamus rectissimè apud *Marcianum* dubitatio processit, rectè etiam decisio; nàm si delationi iurisiurandi causā dedit difficultas probationis, cur non ipsis demum allatis à iuramento recedere fas erit? eò magis quod cum tota res in hac materia iuramenti in arbitrium Iudicis posita sit, nulla est ratio cur non iudex

bona

bona fide, & ex magnis causis etiam postquàm juramentum detulerit, recedere ab eo possit.

Denique, dum ea quæ opponit adversùs illam clausulam: *Sed hæc sententia generalis est, &c.* corruere quoque ex his, quæ suprà diximus,& ex his,quæ infrà dicemus satis est
13 clarum;pro Coronide illud observandum restat,quod in Rescripto, de quo in *l.si quando 9 C.unde vi* non ius novum constitutum est, sed vel ex jure jàm certo, & jàm obtinente responsum, vel ius, quod obtinueat ad similia productum.

14 His adijciendum quod *Interpretes* ferè omnes tùm post *Bartolum, Baldum, Alexandrum* ad hanc *l. qui restituere, & ad l. si priùs D.de novi oper.nunc. Riminaldum ad l. 1 D. instit.et dem.* tùm post *Corasium 6. Miscell. cap. 1. Duarenum de in litem jurando n.4. Loriotum de actionibus axiom.67.* & similes, fassi sunt à possessore victo in rei vindicatione, manu militari possessionem auferri posse: at quoniàm plerisq; eorum difficultates, quibus motus *Faber* hic contrarium asserit, in mentem venere;coacti sunt limitate Regulã, ut solét, & quandoque præcisam coactionem ad factum admittere, quandoque reijcere,ut videre est apud eundem *Bartolum in l.stipulationes non dividuntur n.36.* & sequentibus,& apud *Ant.Gomezium 2. variarum c.10.n.24.* Verum quia, ut rectè ratiocinatur *Valenza citato lib.2. tract.2.cap.4. n.37.* si huiusmodi coactio, & compulsio præcisa ad factum, iuri contraria foret, ut *Faber* hic affirmat, & *Repetentes* dubitant,nunquam fuisset admittenda; & tamèn in apertis iuribus admittitur, ideò necessario dicendum erit non esse contrariam, ut idem *Valenza* ad oculum ostendit, & injustè *Repetentes* hæsitasse,

15 Proindè rectius quam *Interpr.* Nostri *Pragmatici* uno ore clamant ad præcisam restitutionem adigendum condemnatum, & manu militari exequendam sententiam; quod apud nos etiam Regia Sanctione Sancitum est, ut in *pragm.5.de officio S.Reg.Conf.* id quod & antiquitùs receptum, nàm & tùnc Magistratus per executores, vel apparitores suas sententias exequotos constat ex plerisque juris locis, exornatis à *Brissonio lib.4.antiq.cap.2. & à P. Greg.sintagmatum cap.25.n.10.* atque ità sanè decebat *nam, & Principem repræsentant ìdeoque introducti fuère, ut semper, & ubi, & quando omnia per se Princeps agere nequiret suis Consilijs, atque specie ipsa, dignitatem Reipublicæ sustinerent, ad hoc illis per Principem de Civili, vel Criminalè negotio statuendo potestate concessa*, ut præclare post *Nicolaũ Bellonum* ratiocinatur eruditus *Lucas Tripani* in introductione illius elegantissimi Opusculi, quod *idea civilis potestatis inscriptum, Tom. II.*

nuper plaudentibus doctis omnibus, & bonis,eulgavit, sub auspicijs *D. Didaci Soria, & Morales* Marchionis, & Regentis; nempè illius qui non solum omnigena doctrina,sed potissimum regendi populos artibus clarus, sibi proprium facit quod olim Romanis dictũ.

Tu regere Imperio populos Romane memèto
Hæ tibi erunt artes.

16 Denique si quæras quomodò in hoc Neapolitano Regoo, & alibi, quis aut per sententiam, aut per instrumentũ præcisè ad factum cogatur, & quibus remedijs uti Iudices possint,& debeant, luculentèr expositum id omne habebis à Doctissimo *Carlevalio* in tractatu suo de *Iudicijs tomo 2. lib. 1. tit. 3. disp. 3. num. 23.* & sequentibus, qui, & quomodò condemnatus ad solvendam pecuniam, urgerì possit docuetat eodem *tom.2.lib.1.tit.3.disp.1* habebis etiam collecta quæ in proposita materia disputari poterunt circa executiones sententiarum, nàm & reclamatio potest esse interposita, & ad Iudicem alterius Iurisdictionis executio spectare, & similia à *Galluppo in præf. par.3. cap.2. de executione sententia, & Reg. Rovito in comment. ad prag. sanctiones Regni sub tit.de offi.cij S.R.Conf.*



CAPVT XVIII.

In actionibus arbitrarijs, de eo quod metus causa, & de dolo, in litem jurari.

SVMMARIVM.

1 *Faber postquã Vlpianum negitat Paulum hic.*
2 *Prima oppositio, quod non sint loca concordantia, refellitur.*
3 *Oppositio secunda de verbis edicti dissolvitur, ex Accursio.*
4 *Item ex Bart.*
5 *Item ex nostra sententia.*
6 *Oppositio tertia, corruit ex supradictis.*
7 *An Actor iurans, possit in periurium incidere.*
8 *Refellitur ultima Fabri oppositio ex eo quod in omnibus actionibus admittitur delatio iuramenti.*
9 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
10 *Etiam in dolo, est is, qui cum possit restituere, non restituit.*
11 *Optima Abatis animadversio.*
12 *Habet locum iuramentum non solum circa quantitatem valoris rei petita, sed etiam circa interesse.*

Dd 13 *Ta-*

13 *Taxatio non facienda concludunt communiter Practici.*

1 AB *Vlpiano* ad *Paulum* transgreditur *Faber*, & postquàm tamdiù vexavit illum in *l.qui restituere* 68. agitat nunc & istū in *l.arbitrio* 18.*D. de dolo*. Etenim cum *Paulus* scripsisset (*ideò autem hic, & in metus causa actione, certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit, Sed officio Iudicis debet in utraque actione, taxatione ius iurandum refrenari.*

2 Opponit primò prædicta nullibi (cum tot iuris nostri loca extent de actione, quod metus causa, & de dolo, ut supra ostendimus) scriptum reperiri. Sed hæc oppositio, quæ aliuquin ridicula illis, qui *Justiniano* credunt asserenti in toto Pandectarum volumine nil esse geminarum, & levis alijs, qui sciunt pleraque, & magni momenti vix uno iuris loco tradita, nubis falsa est & erronea; nàm omissa *l.qui restituere* 68. quàm suprà defendimus, hoc ipsum quod ait *Paulus*, nempè in actione doli in litē iurari, supponit *Vlpianus* in eo textu, quem ipse *Faber* apertissimum, & elegantissimum d cit *num*.6. scil. in *l.non a Iudice* 64. *D. de judiciis* in illis verbis, *non à Iudice doli æstimatio ex eo, quod interest, fit, sed ex eo, quod in litem iuratur.*

3 Opponit secundò sub *num*.4. quod non verè dicatur in actione, quod metus causa, certa quantitas non comprehenditur, verbis edicti; nàm è contrario certa quantitas, & certa pœna constituta est, scilicet quatrupli.

Sed huic difficultati Responderat iàm *Accursius*, & ex eo *Cujacius*, fuisse constitutam quidem in verbis edicti pœnā quatrupli, non tamen fuisse expressum, aut constitutum quid quatruplandum; ideòque iureiurando in litem æstimandum esse; & hac responsione *Bachovius* etiam utitur in *tractatu de actionibus disp*.7. ubi adversùs hoc caput disputat. Neq; *Fabri* replicatio ex *Bartolo*, quod jàm *Vlpianus* expresserit quatruplandum quanti res est cum fructibus, bona est; Etenim hoc ipsum quanti res est, illud est, quod per iuramentum definiri oportebit, hinc, & si aliquādo opponātur hæc duo *quanti res est*, *Et quāti in litem iuratur*, attamen quia id perpetuò non fit, tanti res æstimabitur in proposito, quanti iuratum est, cum dolus ex parte rei fuerit admissus, ut latiùs *Bachovius* explicat ubi suprà.

4 At si *Accursiana* responsio non satisfaciat, possumus *Bartolianam* admittere; dicendo, quod sit in electione ejus, qui vim, aut metū passus est, vel quatruplum petere, vel quanti in litem iurare paratus consequi, neque obstabunt quæ *Faber* movet *num*.8. quod cum verbis edicti certa pœna, eaque gravissima, idest quatrupli constituta sit, non permittēdum est Iudici de actione, quæ ex Prætoris edicto competit cognoscenti ut aliam pœnam pro arbitrio irroget. Etenim primò peti potest à *Fabro*, & quis unquàm ēt revelavērit, quod in edicto non hoc quoque fuerit cōprehensum, ut *præstaret reus quanti actor iuraverit*. Certè hoc quod scriptum in præsenti *l.arbitrio* scil. non fuisse certam quantitatem edicto constitutam, indicat duas fuisse edicti partes, alteram in qua agebatur de pœna quatrupli, alterā vero in qua de condemnatione facienda in id, quod Actor iurasset. Cæterùm non novum est, ut & si ob pœnam quatrupli constitutam possit quatruplum actor consequi, alia tamēn actione experiri valeat, & Iudex aliam pœnam irrogare, sit exemplo furtum ipsum in quo quanquam actione furti possit dominus agere, & quatruplum consequi, potest tamēn pro arbitrio condictione furtiva agere, ut ulgatissimum est.

5 Sed mihi post virorum doctissimorum responsiones, aliquid aliud in hac re dici posse videtur, nempè quod distinguendum sit, an res extet, an verò, & culpa eius, quī vim, metumve intulit esse desierit. Et primo casu, re extante, si reus illam ante sententiam non restituat ex §.4. *hac l*.14. dicerem præstandum esse quatruplum eius quod res fuerat cum fructibus, servatis his, quæ ab *Vlpiano* sunt tradita in hac eadem *l.item* 14.§.7. *& passim D. de eo, quod metus causa*: at si res esse desierit dolo, & culpa conventi, locus erit iuri iurando; nàm in hoc casu difficilis probatio est, & ex iuramento valor rei quatruplandus, explorari oportet, & definiri.

6 Tertiò *Faber* adversus ea verba huius *l. arbitrio*; sed *officio Iudicis debet in utraq; actione taxatione ius iurandum refrenari*, opponit quod quoties in litem iurari iuris ratio permittit, in infinitum iurari patitur, idest nō in immensum; sed sine ulla taxatione, & præfinitione; At huic obiectiuni iam supra occursum est, probatumque nequaquàm verum esse, quod iuris ratio sine ulla taxatione iurare permittat, etiàm quando alioquin licèt

7 actori in infinitum usque iurare. Porrò nec metus periurij, ut credit *Faber* hic *num*. 13. frænum aliquod affectioni injiceret; nàm si concedas sine ulla taxatione posse iurari, si concedas affectioni actoris, ut quantum volet juramento comprehendat, permissum, nūquam periurio locus fiet, nam nō peierat quī eo usque rem valere iurare potest quousque propria affectio dictat, is enim nō iurabit servum occisum, ex.gr. valuisse mille; sed servum illum secundum suam affectionem æsti-

ma-

mare se mille, atque ita non incidet in periurium, nec novum quod hominum affectiones longè vera rerum pretia excedant ut edocemur ex *l. pretia rerum D. ad legē falcidiā.* opus igitur fuit ut toties diximus, frænum huic affectioni adijcere & permittere Iudici, si non intrinsecæ passionj, quod non potest, ut actui tamen externo, & juramento modum imponeret, & limites quod potest.

8 Opponit postremò *Faber* quod actio metus causa, licet in rem scripta sit, tamèn in personam directa actio est, & quod actio de dolo, in personam directa, & scripta est, sed hęc nos movère nō debent; nàm ut suprà probatum est, tum ex *l. in actionibus*, tùm ex *l. qui restituere*, tum exemplo aliarum actionum, iusiurandum in litem in omnibus actionibus deferri potest, si Iudici, è re esse videbitur, & multò magis in arbitrarijs, quæ ideò tales, quoniàm in arbitrio Iudicis sunt positæ, ut aut absolvat, aut condemnet, uti alibi dictum est.

9 Has autem actiones, quod metus causa, & de dolo, arbitrarias esse, ideòque in ipsis, cōtrà non restituentem, in litem iurari communi calculo *Repetentes* cum *Bartolo, Baldo, & Fulgosio ad l. arbitrio* 19. *D. de dolo* concludūt, quod, & Practici pro certo habeot post *Plotum in suo illo tractatu de in litem iurando nu.* 327. *vers.* 6. *scias, Seraphinum in tractatu de virtute juramenti privil.* 31. *n.* 27. *& Menoch. de arbitr. lib.* 2. *cent.* 3. *casu* 207. *n.* 17.

10 Insupèr ijdèm scribūt non solū intentata actione de dolo; sed quacunque actione, si quis ex ea, fiat restitutioni obnoxius, & non restituat, statim in dolo esse, adeòq; adversùs ipsum iurari in litem posse; ita *Afflictus dec.* 230. *ex Bartoli* Theorica *in l. sicum dos* 8. §. *Sabinus D. de act. rerum amotarum, & in l.* 4. §. *sed si quis D. fin. Regund.* Hinc optimè *Abbas* dicebat *cons.* 109. *p.* 2. *num.* 3. quod jura-

11 mentum in litem, duplici ex causa deferri soler, prima ex defectu probationum valoris rei, cum quis per dolum admissum, difficilem eiusdem rei æstimationem reddidit, secunda ob contumaciam condemnati in non parendo Iudici.

12 Denique adnotandum est, quod adversùs dolosum non tantū pro re ipsa petita; sed eriā pro interesse, iurari in litem *Boerius* docet

13 *dec.* 15. Et quod in hac *l.* responsum est de Iudicis taxatione sine ulla difficultate admissum in Praxi esse, teste *Mising. obseru.* 12. *cent.* 4. & *Menoch. lib.* 2. *casu* 208. *n.* 5.





CAPVT XIX.

Ad §. quatenùs ejusdem l. item si 14 D. quod metus causa.

SVMMARIVM.

1 *Difficilis hic §. rectè à Neotericis explicatus.*
2 *Primus Fabri lapsus.*
3 *Defenditur formula illa, hoc ita disponendum est, & quid sit disponere.*
4 *Defenditur tex. in vers. quatenus.*
5 *Explicatur l. si per vim* 4. *C. de his quæ vi.*
6 *Reiciur Fabri obiectio.*
7 *Defenditur tex. in vers. quid si homo.*
8 *Quantitas temporis præstiti iudicati faciūdo.*
9 *Refelluntur alia Fabriana obiectiones.*
10 *Defenditur vers. pro eo autem.*
11 *Item vers. si post condemnationem.*
12 *Item vers. sed si non culpa.*
13 *Explicatur l.* 1. *& penult. D. de vi, & vi armata.*
14 *De exemplo quo Gaius utitur.*
15 *Quid Repetentes.*
16 *Quid Pragmatici.*

1 QUanquàm, & à *Bartolo*; & à plerisque alijs difficilis habeatur hic §. *quatenùs Litem si* 14. *D. quod metus causa*, non propterea, aut *Bartolus*, aut alius quisquam ausus est dicere quod *Faber* in præsenti, illius textus sententiam iuris ratione non constare. Cæterum è cōtra constare eam, & rectè explicari posse in suis scriptis ostendère, & *Veteres* nonnulli, & inter *Neotericos Jacobus Cujacius in commentis ad tit. Digestorum quod metus causa, Goveanus* 1. *var. lect. cap.* 11. *Dion. Gothofredus in notis, Guglielmus Fornerius* 20. *select. cap.* 15. & ad satietatem usque, ut alios omittam *Marcus Linklama membranarum* 7. *Ecloga* 1. undè concludendum erit *Fabri* satis longam, & verbosam disputationem nulla iuris ratione constare, nam contrà iuris rationem instituta est, quod facilè ex sequentibus demonstraturum me spero.

2 Et primò occurrit è vestigio *Fabri* lapsus in explicatione dictionis illius *quatenus*; quam vult pro *quod* in præsenti §. sueto Juris Cōsult. more positam esse, & tamèn etiam pueri vident (omissa pro nunc disputatione, an *quatenùs* Juris Consulti pro *quod* dixerint) in præsenti, dictionem illam non pro *quod*, sed pro *quoniam* optimo sensu positam fuisse; id quod articulus *hoc* sequens, alioquin om-

omninò superfluus, ostendit: unde sensus, ac si scriptũ fuisset: *quoniam autem diximus, aut quia autem diximus, &c.* atq; ita *Fabro* nulla argutandi ansa, observasse tamen eum oportebat in plerisque iuris locis à Jutis Consultis, ut de Grammaticis taceam, idipsum usurpatum, nempè à *Paulo in l. inter causas* 26. §. *si is, qui D. mandati. à Marciano in l. si quis rogatus* 53. *D. de fidcicomm. libertatibus, a Callistrato in l. Divus* 15. §. *& quatenùs D. ad l. Corneliam de falsis*, sicut & ab aliis Iuris Consultis variis in locis à *Barnaba Brissonio* viro eruditissimo collectis, & à *Dion. Gothofredo* notatis; quod autem paulò deindè eodem adverbio *quatenùs* utatut Jutis Consultus, pro dictione *ut*, neque hoc ipsum insoleus est; En in promptu alter *Vlpiani* locus in quo in eadem significatione, *quatenùs*, legitur in *l. si cum dotem* 22. §. *necnon illud D. soluto matrimonio*, ibi, *officium Judicis interponendum est, quatenùs patri, & filia consulatur*, cæterùm hoc adverbio, *quatenùs*, non uno modo, eoque solo, nempè vulgato illo, de quo *Faber* hic; sed variè usos Jutis Consultos, tùm intèr antiquos *Bartolus in l. 1. vers. quaero D. de con. & dem. & Baldus in l. antiquitas in prim. notabili C. de usufr.* sed Recentiores lexiographi, at etiam viri doctissimi, ut alios omittam *Franc. Conn. 4. comment. cap.* 13. *ex l. Grege* §. 2. *de pignoribus*, & *Jacobus Cuiacius obser.* 15. *cap.* 22. observarunt.

3 Rutsùs, quia mordet *Faber* modum illum loquendi *hoc ita disponendum est*, aitque sic loqui disponentes potiùs, & constituentes, non interpretantes, falli eum constat; nàm disponere non dumtaxat constituere est, sed etiã ordinare, & in ordinem redigere, ut Grãmatici testantur, sic apud *Cicer.* 1. *de Oratore, disponere* est terum inventarum in ordinem distributio; sed in his tàm levibus immorasse satis iàm sit, discruciet se in minutiis quantum velit *Faber*, nàm non hic *cautela* pro *cautione*, & frequentia Getundina ablativa usurpata.

4 Transeamus itaque cum eodem *Fabro* à verbis ad sententiã textus, quæ his verbis exprimitur: *Quatenùs autem diximus quatruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est, ut in condemnatione quatrupli res quidem omnimodò contineatur, & ejus restitutio fiat, pœna autem usque ad triplum stetur.* in hac sententia displicet *Fabro*, quod reus etiàm post condemnationem ad rem ipsam restituendam urgeri possit, vultq; sat esse, si æstimationem solvat, præterea & triplum, ut ità quatruplum efficiatur; sed ita fiet ur is qui ultra vim, & metum illatum, priori delicto adijcit contumaciam in non restituenda re domino, damnum peculiare non sentiat, & satis ei sit quod æstimationem solvat, quando & hi, qui specificatione, aut alio modo à iure permisso Domini fiunt, pretium solvunt; at si dicas in proposito quod is de quo agimus ultra æstimationem solvit quoque triplum, Respondeo, quia hoc solvir prudens, & volens; dum in arbitrio eius fuit rem restituere à principio, atque ita pœnam evadere §. 1. in hac *l.* 14. id non sufficere & ultro puniendũ esse. Nam ipsius contumacia nõ debet dominum re sua privare, quid enim si potiùs rem dominus, quàm æstimationem maluerit? an non maximè sua interest, ut id possit malle? an non aliquid interest, electionem habere, ut rem petat quis si volet, aut pretium? ut di-
5 ximus *cap.* 17. de reliquo hoc ipsum, quod hic Responsum est à 1. Conf. Rescribitut à *Gordiano su l. si per vim* 4. *C. de his, quæ vi, metusve causa sunt*; nàm dum jubet eos qui metu adacti vendiderant pretium restituere, cum quatruplum consequuntur; non obscurè innuit in hac actione, & in hoc quatruplo rem ipsam restitui, alioquin si æstimatio solvenda, non oportebat de pretii restitutione agere, nam illud æstimationis pretium fuisset.

6 Sed urget *Faber*, & ait secum ipso pugnare Judicem si eandem rem quam restitui jussir in condemnationem deducat: acutè sanè; cùm è contrà secum ipso pugnatet Iudex, si non deduceret, si sententiam mutaret, si meliorem crederet effectam conditionem Rei, ob contumaciam contractam in non parendo.

Ulteriùs quis non videt quàm inconsideratè voluerit idem *nu.* 8. quod eodem modo, quo proceditur in rei vindicatione procedatur in hac actione quod metus causa, quasi idem esset delinquere, & non delinquere, idem vi metuve rem auferre, & auferre quovis alio modo civili tamèn, eamque citrà crimèn acquirere.

7 Sequitur in textu *Quid si homo sine dolo, & culpa ejus, qui vim intulit, & condemnatus est, perijt, &c.* Insurgit adversùs hæc *Faber*, ociosamque esse quæstionem clamitat; nàm in *l.* 1. *C. de eo quod vi met. causa* scribitur *persecutionem eorum, quæ vi, vel furto ablata sunt, etiam si postea interciderint, integram tamèn manere.* Sed fallitur egregiè; nàm quinimmò utilem quæstionem esse, habereque rationem dubitandi ex *d. l.* 1. nemo non videt; primò, cũ de re perèpta facto eius, qui vi, aut furto abstulit, agatur in dicta *lege* 1. hic vero de perèpta re sine dolo, & culpa eius, qui vim intulit, & rursùs quia an idè hic quod ibi Imperator dicendum sit: vidimus, à *Fabro* negatum, nedùm dubitatum; atque hoc ipsum rationem dubitandi fecerat Juris Consulto; attamen alitèr visum, qui ita decidit quæstionem *in hoc casu a rei condemnatione ideò relaxabitur, si intra tempora judicatæ actionis moriatur*; Et tatio ita decidendi obscura non est,

nam

nam cum intet cæteros modos, quo quis liberatut tei interitus sit, si neque in dolo, neq; in mora debitor fuerit iuxta præscriptũ *l. si duo 16. §. ait & l. promissor 23. D. de const. pecun.* & hic non fuisse in dolo proponatur detentor, quod etiam ex eo apparet, quod impunè, ei licebat beneficio legis uti, ad textum in *l. intrà 7. C. de re jud.* sequitur tectissimè J.C. decisionẽ ptocessisse; nihilominus si quis plura ad hanc rem velit, adeat *Fornerium* ubi suprà. Interim in citatis verbis observandum est, quod tempus iudicati non exprimitur, nèc quanti sit aperitur, sicut nèq; à *Gaio* fuit expressum in citata *l. 7.* ea scil. ratione, quod non adeò exploratum ipsius spatium apud Juris Consultos fuerat, nam in *l. duod. tabul.* 30. dies constituti, deindè prolatum tempus usque ad duos menses, ut in Rescripto *Grat. Val. & Theod. in l. 1. C. Theod. de usuris rei jud.* & tandem *Vlpianus in l. 2. D. de re iudic.* & alij J.C, in Iudicis arbitrium illud posuère, *Justinianus* verò usq; ad quatrimestre porrexit sua Constitutione in *l. 2. C. de usuris rei iudicatæ* ad quam certè *Tribonianus* respexisset, eiusque definitionem expressisset . in hoc tex. si illum interpolasset.

9 Sed ad *Fabrum*, is objicit, ptimò, quod admissa nostri textus sententia meliot erit conditio tei post condemnationem, quam antè adversùs *Papiniani* præscriptum in *l. 3. D. de usuris*. Respondeo, quod in nostra specie consideramus condemnatum, quà condemnatum, non quà ex tali causa condemnatum, ideoque non debemus illum privare ea dilatione, quæ cæteris condemnatis communis est; quod verò sit ex tali causa condemnatus non impunè erit ei dum ultrà rem, & triplũ præstare cogetur; sed dicit *Faber n. 15.* præcessit arbitrium, per quod jussus fuit conventus rem restituere; Replico, cum J.C. doctissimis *Cuiacio, Goveano, & Fornerio* pristinam actionem in actionem iudicati transfusam esse, sed ex ea, durante permisso tempore peti non posse, *l. 1. D. iudicatum solvi*, ergo non in mora condemnatus *l. si pupillus 127. de verborum l. nullo 88. D. de reg. iur.* dices, mora post arbitrium contracta adest, Resp. punitur dum triplum etiam ab eo exigitur, ut suprà dixi; sed ità mora cōdemnatione purgabitur; fateor, nã fatentur hoc *Cuiacius, & Goveanus*, & rectissimè. nec novum est, an non evenit in specie *l. scire debemus 29. de verb. oblig.*?

Poterit tamẽn *Fabro* aliter ex viro doctissimo *Marco Linklama*, nec insubtiliter responderi, nempè posse concedi quod, reus restituere statim rem debuisset, ideoque indignus iudicati tempore frui, eo quod jussus restituere antè condemnationem: Sed hoc locum habere, cum res in promptu est, habeatque condemnatus statim restituendi facultatem; Cæterùm si neget posse, & Iudici constet, non frustandi causa tempus petere ad restituendum, an non illud ei concedet? ex Regula *§. & si in rẽ instit. de off. iud.* eo concesso si intra illud sine dolo, & culpa condemnati, res pereat, an non satis erit, quod triplum præstet? Certè quod sic; Vide latius rem explicantem *Linklamam* supra citatum.

10 Sequitur in textu, *pro eo autem, qui in fuga esse dicitur cautio ab eo extorquenda est, quatenùs, & persequatur, & omninò eum restituat*, & hoc etiam à *Fabro* in discrimen vocatur *n. 42.* eo colore, quod non sit adiectum, quid faciendum sit, si servus recuperari non possit, aut in longum tempus persecutio differatur; & omnimodò dicatur restituendum esse. hęc ipse, & alia, sed non adverrit. Primò, quod dicitur de cautione exigenda novum non est; nàm de hac, & de ipsius effectibus apud Juris Consultos sæpe agitur, ut in *l. alteri 21. §. Jul. D. de rei vindicatione*, secundò quod dicitur de omnimoda restitutione servi sano modo intelligendum est, idest si repertus fuerit, alioquin habebitur, ac si perijsset, & erit locus quæstioni, & decisioni præcedenti, de re omninò deperdira, & perempta. tertiò non opus adijcere fuit, ut eo casu, quo persecutio in longum differretur, haberet actor electionem, & posset æstimationem petete; nam hoc exploratum supponebatur ulgatumque, quoniã hanc electionem, & habuit à principio, & semper habebit quousque servum suum non receperit; & cum elegerit eam, cõsequetur, nec locus amplius quæstioni in terminis de actore rem suam omnino volente.

11 Adijcit Juris Consultus, *si post condemnationem, si autem antè sententiam homo sine dolo malo, & culpa mortuus fuerit, tenebitur, et hoc fit his verbis edicti neque res arbitrio Judicis restituatur*. Hic quoque rationem dicti mordet *Faber*, putatque *n. 40.* clausulam edicti pertinere dumtaxat ad quattupli condemnationem irrogandam, postquàm reus contumax fuerit; Nec vidit *Faber* clausulam edicti generalirèr conceptam omnes casus compræhendere, neque observavit, quod & ante condemnationem, re perempta citrà dolum, & culpam, adhùc verum esse nō eam restitutam arbitrio Iudicis, quinimmò quod fortiùs est nullu modo restitutam: Cæterum fateor ego hic non ad quatruplum, ut *Goveanus* existimat; sed ad id quanti actor in litem iuraverit teneri reum, qui vim intulit; Nisi dicamus eum *Linklama* ad nihilum teneri conventum, quem tertium possessorem esse fingimus, & de dolo, aut vi illata non participasse.

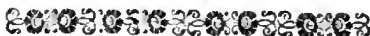
12 Sed omissis verbis illis *Ergò & si in fuga sit servus, &c.* quæ eam explicationem recipiunt,

piunt, quam suprà attulimus, nempè tùnc omninò restituendum servum, cum repertus fuerit, videamus quid rursus pronunciet noster J. Consultus: *Sed si non culpa ab eo, quocum agitur, aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus, sicut in interdicto unde vi, vel quod vi, aut clam observatur.* In his verbis magis, ac magis se explicans *Vlpianus* nos docet, quid agendum, cum servus in fuga persecutus nō invenitur, undè ut peremptus habēdus est, aut revera in fuga perēptus est (hos enim omnes casus cōplectitur illud *aberit*, nam semper abest;) & distinguit an peritura quoque res fuisset, nec nè, si metus non fuisset adhibitus, hæc autem distinctio, & ad rem est, & Iuris Consultis familiarissima, præcipuè *Sabino*, & *Cassio*, ex quibus *Gajus* in *l. si plures* 14. §. *sive autem D. depositi*, hinc iniuria reiecta à *Fabro* qui caussatur, & temerè prædictam *l. si plures a Triboniano* quoque corruptam, ut ita effugiat.

13 At illud, quod scriptum extat in *l.* 1. §. *rectissimè* & *in l. penult. D. de vi, & vi armata* nō destruit distinctionem sed firmat: probat namque non teneri reum re perempta, si peritura quoque fuisset, atque ita ostendit teneri, si nō peritura, ut in hoc nostro tex. dicitur. Cæterùm *Sabini* sententia distinctionem inducens, non dumtaxàt a Gaio referri, sed & amplecti, probat mos Iuris Consultorum improbandi, aut reiciendi statim, quod retulère, quotiès non admittunt; nam non dumtaxàt referunt historicos agentes ut perperam credit *Faber*; probat etiam actio ad probatam distinctionem: quod ab aliis Iuris Consultis ea quoque admissa, & tàm in bonæ fidei iudiciis, ut in deposito *d. l. si plures.* 14. quàm in strictis, de quibus in *l. cum res* §. *ult. D. de leg.* 1. aliisque in locis optimè expensis à Doctoribus, præcipuè à *Ioanne Borchol. clarissimo Juris Consulto in comment. ad tit. de verborum cap.* 7. & 8. *num.* 75.

14 Sed quamquam adhibitam distinctionem esse recipiendam ex prædictis constet, & à Gaio receptam, illud tamen quibosdam difficilè videtur quod & *Fabro* quoque displicuit qua scilicet de causa usus *Vlpianus* sit in hoc §. *pro eo autem*, de quo agimus, exemplo interdicti *unde vi*, vel *quod vi, aut clam*, & quid illud sit quod ex dicto exemplo eliciat, & mihi placet eorum explicatio, qui dicunt his verbis (tenebitur reus sicut in interdicto unde vi) distinctionem suprapositam ab *Vlpiano* inculcatam fuisse sensumque esse, ac si repliecatum *si res peritura fuisset non tenebitur, tenebitur si peritura*: quoniam dum in *l.* 1. §. 41. *D. de vi, & vi armata* scriptum est *omnia restituenda quæ habiturus, assecuturusve fuerat si qui deiectus fuerat non fuisset*, ex hoc nos intelligere re perempta, quæ alioquin fuisset peritura, non teneri conventum: quoniàm actor eandem habiturus nòn fuisset, si deiectus, & vim passus non fuisset, iam idem erit dicere teneri reum sicut teneretur in interdicto, unde vi, quam dicere teneri adhibita distinctione suprapposita; & de interdicto quod vi aut clam cum idem dicatur in *l.* 15. §. 7. *D. quod vi* etiam ita ratiocinandum erit; Sed si huiusmodi explicatio non placear, dicatur exemplum horum interdictorum ad secundam partem distinctionis accommodatum à Juris Consulto fuisse in hoc sensu, *si res peritura non fuisset, præstabit reus quod præstare jubetur in interdictis, Unde vi, & aut clàm in l.* 1. §. 41. *D. de vi, & vi armata, & in l.* 15. §. 9. *D. quod vi, aut clàm.* At hæc satis ad hanc tam verbosam coniecturam.

Nam, & si revera aliquantulum involutus sit contextus horum §§. *l. si cum except.* 14. *D.*
15 *quod metus causa.* Attamèn planam eius sententiam *Faber* apud *Repetentes*, *Bartolum*, *Baldum*, cæterosque omnes invenisset, nam illi tribus verbis eam compræhendunt, & explicant, dicentes *quatruplo simplum inesse; ideòque pœnam triplum non excedere, &c.* ut & *Cujacius* fecit in comment. *ad tit. quod metus causa, & Neoterici institutionum Interpre-*
16 *tes ad* §. *quatrupli* 25. *inst. de actionib.* addunt tamen *Pragmatici* hanc quatrupli pœnam evitare conventum posse si statim rem restituar, ut ex *d.* §. *quatrupli Menochius* docuit *de arbitr. lib.* 1. *quæst.* 5. Verùm quando huic actioni locus sit, & quomodò ea in Foro utamur, & de ipsius exceptione *Maranta* dissetit in suo Speculo *par.* 4. *tit. an sit judicium Civile, vel Criminale num.* 14. & *par.* 6. *tit. de except. num.* 34. à quo petat qui velit.



CAPVT XX.

In interdictis, jurari in litem.

SVMMARIVM.

1 *Negat* Faber *in interdictis in litem jurari.*
2 *Dissolvitur illius obiectio.*
3 *Item & altera obiectio.*
4 *Item & altera.*
5 *Quid Repetentes & Pragmatici.*
6 *Quomodo deferendum juramentum.*
7 *Admittuntur adversus illud probationes.*

1 IN interdictis in litem jurari posse non placet *Fabro* adversus tex. apertum in cit. *l. qui restituere* 68. moveturque primò illo argumeo-

gumento, quod in interdictis non de proprietate rerum; sed de ipsarum possessione tractetur; Responsio in promptu est; tùm quia aliquando in interdictis de dominio rei, & proprietate actum est, ut in *l. sæpe* 15. *§. ergo nonnunquam D. quod vi, aut clam*, quod & *Faber* ipse admittit *num.* 9. ideòque sententia generalis *d. l.* 68. potest & rectè de hoc casu quoque explicari, in quo iuriiurando locus sit; tùm etiam quia & si semper in interdictis de rerum possessione agetetur attamé quia in illis possessio æstimari potest *l.* 5. *§. ult. D. uti possidetis*, potest & locus fieri iuramento, id quod & *Zeno* Referibit veluti de iure iàm obtinente in *l.* 9. *C. unde vi*.

2 Secundò obiicit *Faber*, quod in interdictis, quanti intersit eondemnari solet reus: ergo non quanti actor iuraverit.

Sed responde:ur non semper, ut suprà diximus, hæc opponi, *quanti intersit*, & *quanti juratum est*; nàm quandoque iuratur tanti, quanti intersit, & è contrà tanti interesse dicitur, quanti fuit iuratum. Sanè si hoc ipsum quanti intersit difficillimè possit probari, an non ad jusiurandum descendere oportebit?

3 Tertiò *Faber* ait in interdictis certam esse constitutam pœnam: ergò iurandum non erit, & eadem ratione, id ipsum ait dicendum in omnibus prætoriis actionibus, *Publiciana* excepta.

Sed protsùs mala hæc ratiocinatio, nam pęna quidem certa in se, scil. id, quod intetest, at non certa extrinsecè, ideoque iutameoto certificaoda. Cæterùm quoad actiones prætorias oon solum in *Publiciana* iusiurandum admissum; sed in *Calvisiana*, & *Faviana* exploratum est.

4 Quartò opponit, quod ea, quæ scripta sunt in *l. semper* 15. *§. sed & quod interfuit D. quod vi, aut clam*, *Triboniani* sunt, tùm quia eo solo loco scripta, tùm quia sub ea formula scripta *jusjurandum quod in litem Actor juraverit*: sed in utroq; mioùs est verax; nàm & in aliis iuris locis scriptum quod ibi, *in interdictis quoque jurari in litem*, & formula illa *jusjurandum jurare* non magis Hebtæotum est, quàm Romanorum apud quos similis figura familiaris *ore loquuti*, item *oculis vidi*.

Reliqua, quæ *Faber* obijeit levia sunt, & aut de facili confutaoda, aut à nobis confutata, cujusmodi illud est, quod de impressione, & manu militari repetit; profectò si ejus quod dixerat in *l.* 68. *D. de re vendicat.* memor fuit *Tribonianus* cum in libris Digestorum reponeret textum in *l.* 3. *in prin. D. ne vis fiat ei qui in possess. missus est* quomodo sub *num.* 18. *Faber* scribit; non adeò secors, & immemor erit ex nunc in aotea existimandus.

5 Sed Nostri adversùs *Fabrum* in interdictis juramentum in litem admittunt, & ex *l. si quandoque C. unde vi*, in interdicto *unde vi* potissimùm locum habere clamant post *Bartolum*, *Baldum*, *Salicetum*, *Castrensem*, *aliosque ibidem*, quod & *Pragmatici* contendunt eum *Ploto de in litem jurando* pluribus in locis *Decio consil.* 591. *in fine*, *Crato consil.* 122. *Lanfranco Balbo decis.* 284. & 292. *Mising. obser. cent.* 4. *obser.* 12. adeòut in commuoem opinionem huiusmodi doctrina transierit apud *Fichardum* in *Syntag. commun. opin. lib.* 8. *tit.* 3. *à num.* 6. & reliquos de quibus *Alphanus in repertatis num.* 38. de reliquo an simplicitèr staodum sit iurameoto eius, qui violeotiam, aut furtum passus est, docet *Jason in comment. de actionib. in §. sequens num.* 9.

6 Pro Coronide duo adiicienda; primum quod ubicumque in anteeedentibus capitibus, & hic de iuramento loquuti sumus, iotellreximus semper adhibendum illud per tactum scripturarum, ut doeet *Tesaurus decis.*

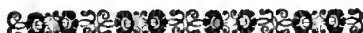
7 47. *nu.* 5. Secundum quod adversùs iuramentum admittitur probatio in cootrariú; undè debet adversarius si hoc petat, adversus ioramentum, ad probandum admitti. *Rolandus consil.* 87. *vol.* 4. *Tiraquellus de retract. consanguinit. §. Glossa* 1. *Reg. Rovitus super Prag.* 1. *de Officio Bajuli*, & post hos, & alios, Doctissimus Advocatus, & iosimul Neapolitanę Academiæ Aoteeessor *Carolus Rota in suo Florilegio practicabilium in concl.* 24. *num.* 22. ubi & plura ad hanc materiam, & præcipuè cum de refectiooe damnorum agitur à pecudibus illatorum, invenies.

Finis Libri Decimisexti.

D. HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS LIBER DECIMUS SEPTIMUS.



CAPUT I.

De explicatione tex. in l. 1. C. de inoff. testam.

SUMMARIUM.

1 *Verba Rescripti obscura.*
2 *Sed quid in eis obscurum potissimum sit.*
3 *Faber ab antiquis plura mutuatus hic adduxit.*
4 *Perperam coniectasse ostenditur.*
5 *Sibi ipsi adversatur.*
6 *Quid obstet illius sententiæ.*
7 *Quid sentiendum in hac re.*
8 *An adsentiendum Goveano?*
9 *Quid Repetentes.*
10 *An querela de inofficioso sit actio.*
11 *Valida statuta, quod mulieres non testentur sine consensu agnatorum.*
12 *Utrum filius qui aliquod accepit à patre ejus judicium impugnare valeat.*
13 *Jus dicendi nullum durat spatio triginta annorum.*

1 Obscurum alioquin Rescriptum *Severi*, quod extat in *l. 1. C. de inoff. testam.* obscuriorem facit perversa explicatione *Faber* in præsenti, qua lumen allatum à *Goveano 1. variar. cap. 5.* obnubilare conatur; verba Rescripti hęc sunt *cum de inofficioso matris suæ testamento filius dicere velit adversùs eum, qui ex causa fideicommissi hæreditatem tenet, non est, iniquum hoc ei accommodari, ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro hærede, aut pro possessore possideret.*

2 In his verbis id obscurum est, quod non exprimitur, qua actione filius actutus sit, an scilicet petitione hæreditatis, an verò de inofficioso, undè orta inter *Interpretes* contentio, nàm Antiqui magis communitèr querela eum agere volebant, & *exindè* (legebant in tex, ubi nos *perinde*) *querelam inofficiosi, &c.* quibus ad sentiere novissimè *Dion. Goth.* & alij, At *Neoterici* è contrà eum ingeniosissimo *Goveano* petitionem hæreditatis filio cōcedebant; fuère etiam nonnulli qui ut ab *Accursio* relatum est dicebant proponentem quæ-

querelam, proponere quoque hæreditatis petitionem atque ità utrumque admittebant de quorum sententia nos infrà.

3 *Faber* autem dum omnia quæ hic ab antiquis mutuatus erat, & id etiam quod illi in interpretatione huius legis sentijt, sed voluit tamen nobis imponere, & novæ sententiæ novus Auctor videri, undè quasi cōcessissent veteres filio in præsēti specie adversùs fideicōmissum querelam, & permisissent, quoq; exindè petitionem hæreditatis, adversùs eos insurgit, probans mero jure aliter dicendum fuisse, interim tamen illorum sub prætextu Impetatotiæ æquitatis, sententiam qualem se fuisse fingit admittens.

4 Sed perperam strnxisse tot tecnas *Fabrum* palam fit, Primò quoniàm Constat *Veteres Interpretes*, & qui eos sequuntur ex *Neotericis* post *Gothofredum* dum querelam concedunt, quinimmò, & eos qui petitionem hæreditatis post *Goveanum* adversùs fideicōmissum permittunt, omnes patitèr non ex mero iure, sed ex beoignitate *Severi* in hoc rescripto expressa, querelam, aut petitionem dare. hoc autem supposito disputatiooem instituere, fassi tamèn aliter dicendum strictò jure, id quod, vel ex ratione quam dubitandi afferunt, & quā ab illis hic *Fab*. transtulit cōstat, vndèmious iustè reprændenduor de his, quæ ounquàm dixère, Secundò palam

5 fit quoniàm qui legit apud *Fabrum num*. 14. hæc verba: *male ex Veteribus Interpretibus nonnulli legem hanc emendarunt, pro perinde, legentes, exindè, quasi rumpatur testamentum per querelam adversus fideicommissariū institutam, nec nisi rupto testamento permittendum filio, ut agat, petitione hæreditatis, quod utrumque docuimus falsum esse*, & legee deindè apud eundem *num*. 22. *Quod verò sequitur, ut perindè fideicommissarius teneatur, ac si pro hærede, aut pro possessore possideret, sicut à praecedenti verbo accommodare interiecto commate distinguendum est, ita, & sic accipiendū, ut fideicommissarius conveniri quidem possit petitione hæreditatis, quæ nonnisi contra eum dari solet, qui pro herede, aut pro possessore possideat; sed tunc demum, cum in querela inofficiosi iam succubuerit*. Qui inquam hæc legit statim dignoscit sibimetipsi hominem adversari, & nunc reijcere, nunc admittere idipsum.

6 Tertiò palam fit, quoniam utcunque res se habeat semper certum est, tum adversùs Antiquos, tùm etiam adversùs *Fabrum* obstate, quod si in querela contra fideicommissariū proposita obtinuerit filius; quoniam fideicōmissarius melioris conditionis, quàm hæres, non est; ab eo statio fideicommissium evincetur *l. eum, qui* 21. §. *item resp. D. de inoff. l. si instituta* 27. §. *de inoff. D. eod.* qua de causa, sicuti non manet heres, qui hæres scriptus in eo testam. quod semèl ruptum est, ità nèc fideicommissarius talis manet, testamento rupto, & per consequens non pro hærede, nèc pro possessore possidebit, ut subtilitèr ratiocinatur *Linklama* 1. *membranarum Ecloga* 5. qui in eo tamèn non sibi constat quod cum concluserit fideicommissarium in præsenti, nec pro hærede, nec pro possessore, possidere ult postea teneri, ac si pro hætede, vel pro possessore possideret, quasi ita teneri posset, qui non ita possidet.

Sin autem ponas in querela succubuisse filium tuoc multò minùs petitionem hæreditatis poterit intentare; quoniam sententia lata in primo iudicio pariet præiudicium adversùs secundum, ut *Gulielmus de Cuneo* ioter antiquos subtilissimus Author observavit: itaque videtur concludendum quod nunquā verificari possit, quod dicunt *in præsenti l.* 1. acturum filium fuisse querela inofficiosi.

7 Restat ergò, ut vel dicamus cum alijs, filium quidem querelam proponere, sed & hæreditatis quoque petitione voluisse, petendo hæreditatem ex causa inofficiosi testamenti, quod fieri posse sopponunt ijdem *Imperat. Severus, & Ant.* huius nostræ legis Authores *in l. hæreditas* 3. *C. de petitione hæreditatis*, & insinuat *Justinianus in l. si quis* 34. *C. de inoff.* ibi *nulla hæreditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta, & præparata*, admittit etiā *Triphon*. in ea *l. filium* 20. §. *sed quemadmodum D. de bon. poss. contra tab.* qua, adversus huiusmodi sententiam nescio qua fronte utitur, sivè potiùs abutitur *Faber*: atque ità dicemus sensum hujus Constitutionis esse, quod cum filius non simpliciter petitionem hæreditatis; sed adiecta causa de inofficioso, agere adversùs fideicommissarium volebat, id ut posset, ei indulgent *Impp.*

8 Vel si ita dicere non placet, restat ut omnimodo *Goveanum* sequuti, dicamus quod filio petitionem hæreditatis instituenti adversus fideicōmissarium, ac si pro hærede, aut pro possessore possideret, accommodandum, ut de inofficioso dicere possit per modum replicationis, si fortè ille de testamento excipiat, ut luculentius idem *Goveanus*, quem diminutum hic refert *Faber*, ratiocinabatur.

9 His adijciendum, quod sunt Nonnulli ex *Veteribus*, qui in specie *l. nostræ* posuère, adversùs matris testamentum à filio fuisse querelam inofficiosi primò intentatam, & deindè petitionem hæreditatis, contrà fideicommissariū, idve post *Bartolum*, & *Salycetum* ad hanc *l.* 1. *C. de inoff. Vasquium de succes. resol. p.* 3. *Vezinum in syntag. commun. opin. lib.* 5. *tit. n.* 91. aliosq; sunt quoque qui ut *Faber* ratiocinentur; sunt qui etiam in dubium occasione dictorum ponant, an querela inofficiosi

Ee actio

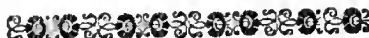
actio sit, quam quæstionẽ examinat ad rem, & doctè sicut cætera alia *Regẽs D. Antonius Perez Navareta Latertia Marchio* S.R.C. *Neapolitani Decanus in suo de actionibus, tractatu quæst.* 8. quem edidit cum in *Bononiensi Academia* scil. in illo scientiarum omnium emporio atque italica Athene Rector insignis Collegij, & Primarius Lector, Jurisprudentiam profiteretur.

10 Porrò, quod dicunt de filio querelam proponente contrà matris testamentum, ampliāt habere locum, & si filius naturalis tantùm foret, qui licèt contrà paternũ querelam non habeat, habet contrà maternum testamentũ, ut ex *Bartolo in l.* 1. *D. de bon. possess. cont. tab. Fr. Marcus* adnotat *qu.* 12. Hinc Nostri cum eodem *Bartolo in l.* 20. *D. de bon. possess. cont. tab.* Regulam constituunt, quod querela inofficiosi possit intentari tàm contra alium, quàm contra scriptum hæredem, ut refert *Tepata sent. lib. 2. tit. de inoff. testam.*

11 Et cum in hoc tex. de quo agimus mentio fiat de testamento à matre condito, & non rectè, ideòque inofficiosi querelæ exposito, solent plerique adnotare esse validissima statuta illa, quæ considerantes quam facile in fraudes mulieres ob eorum inscitiam incidāt, cautum voluère, ne mulieres sine præsentia, & consensu propinquorum testarentur, cum tamèn alij similia statuta repræhendant, & exorbitantia, & injusta veluti liberam testādi facultatem minuentia, existiment, ut videre est apud *Rubeũ de testam. c.* 1. *n.* 69. Quod si statutũ simplicitèt vetaret matribus testamenti factionem, nisi pro anima in eo disponerent, & mater dispofuisset in favorem filiorum suorum, validam esse dispositionem, affirmavit *Gratianus discept. forens. cap.* 219. *num.* 19.

12 Rursùs ad hanc materiam adnotādũ quod & si palam sit, non licere filio parentis testamentum impugnare per querelam inofficiosi, si ex eodem testamento aliquid accepetit lucri; Attamen si aliundè lucrũ habuisset, sive ei debitũ puta ex cōtractu, & vellet ultimā voluntatem impugnare, aut si ex ultima voluntate, & impugnaret contractum, sivè donationem, eamque doceret inofficiosam, id ei licere docent post *Repetentes Romanus conf.* 26. *n.* 9. *Gratianus discep. cap.* 249.

13 Concludunt autem omnes, quod quamvis inofficiosi querela quinquennio extinguatur, attamèn ius dicendi testamentum nullum, durat spatio triginta annorum *l. licet, ubi Gl. C. de iure delib. Cancer. lib.* 1. *c.* 4. *de testam. n.* 38. *Antonellus de tempore legali lib.* 2. *c.* 95.



CAPVT II.

Defenditur recepta lectio in l. si hæredem 10. C. de inoff.

SVMMARIVM.

1 *Defenditur recepta lectio, ab authoritate librorum.*
2 *Ab expositione Veterum Commentariorum.*
3 *A facti specie.*
4 *Ratio dubitandi, & decidendi.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Querela etiam contra Fiscum, & piam causam institutos de inofficioso testamento competit.*

1 ALexandri Rescriptum *in l. si hæredem* 10. *C. de inoff. testam.* suspicione corruptionis carere, ex eo constat; quod nemo quantumvis suspiciosus, aut superstitiosus sit, non credet exploratæ fidei Codicibus, in quibus omnibus constantissimè verba illa leguntur, *ut potè vacantia*, & non credet *Veterum* Cō-
2 mentarijs, in quibus, & ab *Accursio, & à Guglielmo de Cuneo, Raynerio*, & à similibus, citata verba, veluti textus exponuntur, & explicantur.

3 Ad hæc, erit quoque facti species considerāda; quoniam ex illa, prædicta verba, retinenda esse apparebit: Quintianus filio exhæredato, instituit sibi Titium, & Mævium hæredes, hi hæreditatem adière, & cum filius acturus esset inofficiosi querela, decesserunt nullis superstitibus successoribus, nullisque relictis hæredibus; Fiscus eorum bona vacantia, occupavit, & insimul occupavit Quintiani bona, quæ in eorum hæreditate repetijt, ac si illa quoque vacantia essent, idest, ac si essent propria bona Titij, & Mævij quibus ipse Fiscus successit (id enim significant illa verba Imp.) *vel ipsius Quintiani bona, ut potè vacantia fiscus tenet*; Quærebat filius, an nihilominùs querelam instituere posset? & Respondet Imp. posse, dummodò Forum Fisci sequatur.

4 Ex hac autem specie quia constat bona *Quintiani* non revera vacantia, nam ei superstites, filius, & hæredes instituti, item neque acquisita irrevocabilitèt hęredibus institutis, quia superstes filius, qui querela rescindere testamentum, nulliusque effectus reddere aditionem poterat; unde bona (dicebat) *Quintiani* nun poterant dici effecta patrimonium hæ-

hæredum, & cum patrimonio illorum à fisco vindicari, sed satis de sensu receptæ lectionis certi, *Fabrianis coniecturis* non esse locum satis quoque intelligimus.

5 Hinc in præsenti iustissimè nullam difficultatem sentiêre *Repetentes*, & post *Castrensem, Baldum, Sichardum*, & alios, adnotarunt querelam inofficiosi etiam adversùs fiscum esse filiis concedendam.

6 Unde orta Regula apud Nostros, quod Fiscus nō habet quid speciale magis quàm privatus, nisi eatenùs, quatenùs expressum in iure sit, *Guidon Papa quæst.* 536. *& singul.* 471. *Decius cons.* 531. *num.* 3. *Fr. Marcus quæst.* 38. ideòq; nunquam locupletabitur cum aliena iactura, & in alterius præiudicium *Gaillus obser.* 18. *num.* 1. *& obser.* 86. *num.* 2. *Rota Avenionensis decis.* 191. *Rolandus, Rebuffus*, & alii, cum quibus *Clarus*, & Addentes in §. *fin. pract. crim. quæst.* 78.

7 Ex hac eadem ratione plerique deducunt, ut contrà Fiscum, ita & contrà piam causam institutam, posse filium de inofficioso agere, atque querelam intentare contra testamentum, quod decisum in *Rota Romana* testatur *Gratianus discept. cap.* 74. *num.* 38. & passim ab aliis relatum est.



CAPVT III.

Ad tex. in l. Statius Florus 48. D. de Iure Fisci.

SVMMARIVM.

1 *Inversus plerisque tex. in l. Statius Florus.*
2 *Fabri coniectura de primis verbis hujus tex.*
3 *Reijcitur.*
4 *Defenditur in specie hujus legis, relictas perceptiones hæredi.*
5 *Fabri oppositio.*
6 *Diluitur.*
7 *Effugium Fabri.*
8 *Occurritur.*
9 *De oppositione Fabriana adversùs Verbum pronunciavit.*
10 *Quomodo tex. explicandus, admissis Fabri propositionibus, & suppositis.*
11 *Quid, hac admissa expositione movit ad decidendum.*
12 *Quid Repetentes.*
13 *An Fiscus bona prohibita alienari, accipiat in vita delinquentis.*
14 *Et an vendat.*

1 QUanquàm sciam non dumtaxàt *Fabro* in præsenti, sed & plerisque aliis inversum, & corruptum visum *Pauli* Responsum, quod extat in *l. Statius Florus* 48. *D. de iure Fisci*, non possum tamèn adduci, ut id credam, qua ratione, parebit ex his quæ dicemus adversùs *Fabrum*.

2 Ille statim sub *num.* 3. pronunciat, ineptè *Interpretis*, non *Pauli* hæc verba esse, *se restituturum ea, quæ ei per perceptionem dederat.* Eamque adducit Rationem: quod non potuit primo illo testamento, de quo agitur aliquid per perceptionem Pompeio dari, qui solus institutus hęres proponebatur ex Regula, quod hæredi a semetipso legari, adeòque sibi à se dari non possit *l. quod* 18. *l.* 34. §. *si duobus l. legatum* 176. §. 1. *D. de leg.* 1. *Ulp. in frag. tit.* 24. §. 22.

3 Sed ad reiiciendam hanc coniecturam respondetur. Primò non constare id quod veluti certum assumit *Faber*, Pompeium scil. in testamento ex asse solum hæredem scriptum, cum potiùs oppositum ex verbis illis intelligamus, *secundo testamento eodem Pompejo, & Faustino hæredibus institutis*, quæ verba vi particulæ *eodem* innuere videntur *Faustinum* quoque cum *Pompeio* scriptum in primo testamento fuisse; alioquin dictum *secundo testamento eodem Pompejo itemque & Faustino hæredibus institutis.*

Secundò esto, quod *Pompejus* ex asse fuisset hæres in primo testamento scriptus, adhùc quia non alio modo poruit fideicommisso gravari, quàm huiusmodi *hæres mi percipito ab hæreditate mea fundum, & pecuniæ quantitatem quem, quamve rogo, ut ei, quem scis, restituas*: Ex modo isto nos dignoscimus perceptiones *Pompejo*, rectè, & validè dari potuisse; nam saltèm datæ fuissent non in ipsius hæredis, sed in alterius beneficium. Undè non contra adductam Regulam, hæredi legatum à semetipso est, sed hæres quidem iussus est præcapere ab hæreditate, ut alteri, cui legatum est det, & solummodo suum ministerium accommodet in hac re; perceptiones itaque in nostro textu sunt quidem tales, quia ab hærede præcapiuntur, sed non quia apud eum remanent, cum in alterius beneficium hæres præcapiat.

4 Sed restat ut probemus relictas revera has præceptiones fuisse, nā id acerrimè negat *Faber*; adversùs *Interpretes* scribens *num.* 5. in eo saltèm differentiam esse inter priùs, & posteriùs testamentum, quod illo non solùm non fuère relictæ perceptiones, sed nec potuerant relinqui, hoc quamvis potuissent, non fuère; Sed si ità foret, quid est, quod voluère Imperatores, dum Rescripsêrût *si non probaretur mutatam voluntatem esse, præstandum fideicommissum*, sanè si ut *Faber* ponit, nullæ perce-

priones primo testamento fuerunt datæ: sic
dum nulla erat voluntas quæ mutari potuit
ineptè mutatam hæres, ineptè non mu-
tatam ex adverso, contendebat fideicommis-
sarius, imò ineptissimè Imperator probatio-
nem exigeret de mutatione illius voluntatis,
5 quæ nulla fuerat. Dices cum *Fabro num.* 4.
adfuisse volũtatem, nempè illam, qua cautio-
nem extorsit testator restituendi non capaci
nominatim fundum, & quantitatem.

6 Sed si ità est, ergo desipit *Paulus*, qui ideò
ortam quæstionem litemque voluit, quoniàm
in secundo testamento nullæ perceptiones
datæ; quid enim commune habent perceptio-
nes cum tacito illo fideicommisso, & cum
cautione exacta? sanè si proponeretur quæ-
dam ab hærede instituto, particularitèr, aut
universalitèr relicta fuisse per fideicõmissum
in favorem alicuius; prorsùs delitaret qui di-
ceret, ideò fideicommissum non præstandum
esse, quoniàm perceptiones hæredi non le-
gavit testator, quàdo hoc ad fideicommissum
non pertinet; Igitur ne & nos cum *Fabro*
ineptiamus, perceptiones primo testamento
legatas, secundo non itèm dicemus, & ex
hoc mutatam voluntatem *Pompejum* arguère
voluisse; Imperatoribus tamen id non visum,
quia cum cautionem exegisset *Florus*, non so-
la fide contentus; nõ videbatur, tàm enixa vo-
luntas, ab altera tacita, & præsumpta labe-
factari posse, & altera expressa opus fuisse.

7 Sed *Faber* ut hæc quę diximus effugiat, ait
nu. 6. illa verba *secundo testamento nullas per-
ceptiones Pompejo dederat*, non aliud contine-
re quam coniecturam voluntatis pro *Pompe-
jo*, siquidem cum secundo testamento datus
cohæres *Faustinus*, & perceptiones nullæ da-
tæ, nõ poterat bona esse illatio à prima dispo-
sitione in qua solus *Pompejus* ex asse institu-
8 tus deducta. Sed huic effugio occurritur pri-
mò, quia si ità erat, coniectura pro *Pompejo*,
non ex eo quod nullæ perceptiones date in
secundo testamento, sed ex eo, quod datus
cohæres, fuerat desumenda, unde non ad rem
citata verba (*nullas perceptiones dederat*.) Oc-
curritur secũdo, quia hæc coniectura, & si ad-
missa non liberabat *Pompejum* à præstatione
fideicommissi, sed à præstatione integri fidei-
commissi, cum non aliud prætendere potuis-
set, quam nonnisi pro hæreditaria portione
illud debere, & onus fuisse hæreditatis; hoc
autem in textu sic expressum fuisset, dicendo
non, an præstari fideicommissum, sed an inte-
grè præstari dubitatum. Sed de hoc infra.

9 Nũnc interim observari volumus in levis-
sima illa oppositione *num.* 18. quod scribi de-
buerit, *pronunciaverunt*, non autẽ *pronuncia-
ciavit*, levitatem suam, *Fabrum* prodere,
siquidem etiam admisso ex sua interpretatio-
ne, quod illud *pronunciavit* de decidente cau-
sam sit prolatum, (quod tamèn falsum esse di-
gnoscitur, quoniam Imperatores non ipsi to-
tam hanc causam cognoverant, sed remissa
de more ad Judicem cõpetentem, & hunc nõ
Imperatores pronunciasse, & de hoc non de
ipsis ly *pronunciavit* prolatum est) debuit re-
cordari ab alijs observatum *Faber*, J. Con-
sultos in his minutiis non adeò sollicitos
fuisse, ideòque passim de singulari ad plurale
transisse, & è contrà. Rursùs etiam debuit ad-
vertère, quod esto transcriptores librarij in
hoc levissimo errore inciderint, & *pronuncia-
vit* pro *pronunciaverint* posuerint, non ideò
integras clausulas dispungendas, & sana
etiam membra secanda erunt.

10 His accedit quod etiã admisso eo quod de
præstatione non integri fideicommissi mo-
vit *Faber*, dicendum foret fuisse damnatum
Pompejũ; non quoniã non probasset, sed quia
non statim acquiescens condemnationi cum
absolvi à toto fideicommisso non obtinuisset
tentasset absolvi à medietate illius, sub præ-
textu, quod si illud solidum ab ipso præ-
standum voluisset testator, utique, & per-
ceptiones dedisset in hoc secundo testamen-
to, in quo cohæredem dedit, quas cum nõ de-
derit perceptiones videatur voluisse præ-
standum quidem, sed ab hærede, & non ex
speciali provisione, proportione hære-
ditaria fideicommissum ab se præstandum
reliquum vero à scripto in hoc secundo testa-
mento cohærede (ita enim supponimus data
pro vera sentẽtia *Fabriani*) pręstãdũ, has verò
rationes *Paulus* sic expressit: *Pompejus deside-
rabat onus esse id hereditatis oportere: quia per-
ceptiones non acceperat* (en perceptiones in
causa) *nec posse videri pro parte in prima vo-
luntate testatorem perseverasse, sed in universo,
pronunciavit*, idest, dixit, expressit, unde pro-
nũciare in præsenti nõ pro decernere, sed pro
palã dicere, positum est, & pro exprimere, ut
Actores in Scena pronunciare dicuntur *l.* 1.
D. de his, qui notantur infamia, & venditores
conditionem rei, quam vendunt pronuncia-
re jubentur in *l.* 11. §. *qui autem D. de act. em-
pti l.* 1. & 35. *D. de adilitio adicto*, *l.* 69. §. 1. *de
evict. l.* 15. §. 1. *D. de statu liberis*. Relato itaq;
verbo *pronunciavit* ad *Pompeium* is allega-
bat, sivè palàm dicebat non esse testatoris vo-
luntatem dividendam, & si perseverasse in ea
videretur, non in parte sed in tota perseve-
rasse eum, & in universo dicendũ esse adeoq;
saltẽ sibi perceptiones permittẽdas, postquam
ad fideicõmissum præstandum urgebatur, eò
magis quod in hoc prior testamentum à se-
cundo nequaquam revocatum videretur, nam
ex primo petitur fideicommissum, quod in se-
cundo relictum minimè fuit.

11 Et quidẽ *Pomp.* hę rationes adeò validæ visæ
sunt, ut ad cautionem recurrendum fuerit, &

non

non tā ex primo, aut secundo testamento, quā ex cautione interposita adeoque ex promissione, & contractu præstari oportere fideicōmissum asseverare, hinc quia cavit solus *Pompeius* eum solum præstare fideicōmissum oportere visum est; hoc autem indicat potius quā exprimit *Paulus* in his verbis; *quia non probabat sibi datas perceptiones* (idest quia non erat admittendum quod prætendebat *Pompeius* de voluntate in universum conservanda etiam respectu perceptionum) *placuit ex sola sua cautione* (en id quod obligavit *Pompeium*) *solum fideicommissum præstare debere*.

12 Porro illud, adijciendum quod quamvis non solum *Fabro*, sed & *Neotericorum* plerisque difficultatem non levem fecerit hęc *l. Statius Florus* 48. *D. de iure Fisci* præsertim *Duareno lib.* 1. *disput. cap.* 11. Vulgares tamèn *Interpretes*, & post eos *Pragmatici* nullam in ea invenerunt, & testamento revocato adhùc fideicommissum quanquàm tacitè iniūctum revocatum fuisse contendunt.

13 Ex hoc autem tex. *Alex. & Puteus ad Bartolum*, & idem *Alexander cons.* 23. *lib.* 1. & *cons.* 88. *lib.* 3. disputare solent quæstionem, num bona alienati prohibita transeant in Fiscum, saltèm in vita delinquentis, vel còdemnati? & plura pro negativa, & pro affirmativa afferre, quæ rectè expendit *Peregr. de iure*

14 *Fisci lib.* 5. *tit.* 1. *num.* 9. quo in loco explicat etiam, an & quando bona alienari prohibita possint per delictum in favorē Fisci alienari, & quando ab eo, delinquentis nomine, possideri.



CAPVT IV.

Ad l. 2. C. de transactionibus.

SVMMARIVM.

1 *Quid hic obscurum.*
2 *Fabri emendatio.*
3 *Reijcitur ex authoritate librorum.*
4 *Item ex ratione.*
5 *Expositiones meliorum Interpretum ad hanc legem secundam.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Pluribus ex causis potuisse in proposita specie in l. 2. Fiscum succedere.*
8 *Declaratio Magistratus de bonis vacantibus successoribus, si adsint, non praeiudicat.*

1 IN Rescripto *Antonini*, quod extat *in l. 2. C. de transactionibus*, cum cætera clara sint, illud obscurum esse videtur, quod his verbis exprimitur (*ex qua causa, si fisco solvisses, repetere non posses, & si non solvisses, tamen iure convenereris*) obscurum sanè; nàm de fisco interposita mentio prorsùs aliena est à quæ-

2 stione proposita; Hinc *Faber* cum desperasset aliqualem idoneam interpretationem invenire, & ab alijs traditas sequi nollet, ad emendationem confugit, & in vicem illius vocis *Fisco* reponit adverbium *illicò*, legitque *ex qua causa, si illicò solvisses, repetere non posses*.

3 Sed primò huic emendationi obstant, quæ sempèr obstare solent, cum non ex necessitate sed ex libidine, emendare quis velit, librorum omnium fides, & receptæ lectionis religio, item quod apud *Accursium* omnesque *Interpretes Veteres*, eorumdem verborum explicatio adsit, & quod receptam lectionem firmet Grecorum versio in qua *lib.* 11. *Basilicorum tit.* 2. *de transactionibus, & errore calculi cap.* 19. disertè de *Fisco* mentio est.

4 Secundò *Fabriana* emendationi obstat, quod, non undè quaque tecta hæc locutio videatur *si illicò solvisses*, quid enim si non *illicò*, sed post aliquot dies, aut menses? solvisses tamèn, an tunc repetere posses solutum? & rursus si repetitionem excludebat, quod illicò solvisses, quid sibi volunt sequentia verba *& si non solvisses iure tamèn convenereris*.

5 *Fabri* itaq; nec non, & aliorū emendationibus rejectis, de explicatione tractemus. Prima *Accursiana* se offert asseverans: Ideo de fisco actum ab *Imperatore* quoniā fiscus sorori successerat in proposita specie, & hęc assertio nō adeò divinativa est, ut credit *Faber n.* 4. nam satis coniecturam facit pro ea, proposita Fisci mentio, qua non extātè utique divinaremus, *Accursium* sequuti sunt ultra Antiquos, ex Recentioribus, quam plurimi, post *Franc. Hotomanū Greci* etiam in Scholijs ad dictū *Basilicorum* locum non alitèr sentiēre, supponentes ob delictum à sorore commissum ipsius bona publicata, atque ità ad Fiscum perventa. Secunda se offert viri doctissim Jacobi *Cuiacij* observatio *lib.* 9. *cap.* 14. qua docuit citata verba de vicesima hæreditatum, quæ Fisco solvebatur exponenda, cui observationi non obstat *Fabri* nota sub *n.* 6. nam tùnc ei locus foret quando exploratum esset, *Luctatium* cū sorore sua super paterna hereditate trāsegisse; quod nunquàm exploratum convinces, nisi supponas ad illos nullam aliam, quàm parentum hæreditatem pervenire potuisse, quod ridiculum est supponere. Sanè *Imperator* simplicitèr de hæreditate transegisse dicit, & hęc hæreditas quantùm licèt ex verbis coniectari, alterius potiùs, quàm parentum fuisse videtur, ideòque lites, & controversiæ super ea, inter fratrem, & sororem. Demum se offert

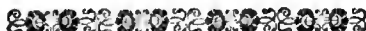
tertia

tertia expositio, qua dicamus cum *Hugone*, *Donello*, ex hypothesi loquutum fuisse *Imperatorem*; in hanc autẽ coincidere quod *Linklama scribit lib. 1. membranarum c. 17.* quãquam noviter à se præstitum jactet, nemo non videt. Et ex his omnibus concludetur emendatione *Fabriana* opus non esse.

6 Sicut neque opus ea fuit *Repetentibus* qui nè investigare quidem curant quare de Fisco mentionem fecerint *Imperatores* in hac *l. 2.* cum illud tantùm inculcent, idve Rescriptum dicant, transactionem, & si timore litis exciturę factam, validã esse, ut post *Bartolum*, *Salycetum*, *Decium*, & *Jasonem*, pluribus exponunt etiam *Pragmatici* eum *Romano cons. 88.* & *cons. 371.* *Surdo decis. 104. num. 23.* & ibidem *Reg. Consil. Hodierna*, qui refert nonnulla de transactione facta cum aliquo sub tali qualitate, veluti cum Titio tãquam nepote, & hærede Mæviæ, si is posteà non talis apparuerit.

7 At circà *Accursij* conjectutam de Fisco, qui ob delictum sorori successit. Illud primò adnotandum erit, quod non solum ob admissum delictum succedere Fiscus potest, sed etiam si defuncta ex damnato coitu nata apparuisset, de qua re *Mising. obser. 91. cent. 3.* si matrimonium prohibitum contraxisset, nam in hoc casu dos, & cætera omnia à contrahentibus ablata Fisco applicaretur *Francus decis. 52. num. 10.* *Clarus in pr. crim. §. fin. quæst. 80.*

8 Secundò adnotandum est, quod quamvis Magistratus, (ut sunt in Fiscum proclives, & ad illius compendium propensiores,) declarasset ad Fiscum hæreditatem, tanquàm bona vacantia pertinere, non ideò hujusmodi declaratio legitimis successoribus præiudicium inferet, ut benè advertit *Raudensis de Analogis cap. 33. n. 178.* si quidem se tales ostendendo, (facta declaratione non obstante) successionem obtinebunt.



CAPVT V.

Ad l. hæc scriptura 26. D. de cond. & dem.

SVMMARIVM.

1 *Mendum si aderat in præsenti l. hac scriptura illud a Cujacio sublatum.*
2 *Faber adversus Cujacium sentit.*
3 *Ratio qua motus.*
4 *Reicitur.*
5 *Confirmatur sententia Cuiacij.*
6 *Emendatio Fabri.*
7 *Impugnatur.*
8 *Quæ dubitandi ratio in hac lege.*
9 *Qua decidendi.*
10 *Explicatur tex. in l. Celsus.*
11 *Conclusio disputationis.*
12 *Quid Repetentes.*
13 *Accursij lapsus.*
14 *Heres promittens aliquid se soluturũ, non ideo tenetur de proprio facere aut dare, sed habebit inventarij beneficium.*
15 *Promittens facere, debet exequi quod promisit, alioquin ad interesse tenebitur.*
16 *An promissio includat factum.*

1 Esto quod à transcriptoribus erratum sit in *l. hac scriptura 26. D. de cond. & dem.* an non felicissimè, & ingeniosissimè mendum substulit *Jacobus Cuiacius*, qui 5. *obser. cap. 1.* scribendum suasit: *si iuraverit se viginti daturum, aut aliquid facturum?*

2 Quid ergò sibi voluit in hoc capite *Faber*? illud nempè, ut *Cuiaciana* emendatione rejecta, suam corruptionem reciperemus; At quis hâc admissurus erit? vel ex eo solùm quod *Cuiacius* verba, quæ de facili potuerint transponi in suum ordinem redegit. *Faber* integram clausulam resecat.

3 Sed insistamus parumper, & videamus quid *Cuiaciana* emendationi opponatur, & quidem nil aliud habet *Faber* sub *n. 2.* nisi quod idem sensus, ea admissa, remanet, & conditio duplex erit non unica duas habens partes, nam in hac formula *si iuraverit se viginti daturum, aut aliquid facturum*, uno illo verbo iuraverit, & uno illo articulo (si) qui conditionem facit perficitur oratio. idem tamen verbum tacitè repetendo eundemq; articulũ.

4 Sed quàm levia hęc sint, statim videt qui advertit in *Cuiaciana* formula alternativam inter partes conditionis, nempè inter dare, & facere positam; ideòque non posse repeti, ut *Faber* credit atque effici *si iuraverit se daturum, si iuraverit se facturum.* hinc conditio in hac formula *Cuiaciana*, unica est, nempè *si iuraverit*, duas tamèn habet partes, scilicet se facturum, & se daturum, adhùc ut etiam postquàm iuraverit hæres, in arbitrium ipsius sit, unum, aut alterum eligere; quod sanè non esset, si duplex conditio foret, sic concepta, *si iuraverit se daturum, si iuraverit se facturum*, nam tùnc postquàm iuraverit, unum, aut iuraverit alterum, non poterit hęres ab uno ad alterum transire.

5 Firmat *Cuiacij* emẽdationẽ quod sequitur *si iuraverit se decem daturum, aut monumentum factum um* exprimit enim conditionem, de qua in principio fuerat dictum, & exprimit ita ut duas habeat partes. Vnde stupidus

pror-

prorsùs *Faber* qui *num*. 9. subintelligens incitaris verbis duas conditiones, quarum utraduas habeat partes, non observavit, quod in paulò antecedentibus conditione in singulari, non conditionibus, ut fecisset si plures scripsit *Julianus*, ibi: *quicumque hæres scriptus erit sub conditione*; en unica conditio, non duplex.

6 Sed, quæso, inspiciamus qualis sit *Fabri* emendatio? Is vult dispunctis illis: *viginti*
7 *daturum* legendum *si iuraverit se aliquid facturum*. Sed quomodo duæ partes in hac conditione? respondet *Faber* primam esse illam, *si juraverit*. secundam *si fecerit*; Acutè, si Dijs placet. Et quis excutit adeò, ut non videat unicam esse conditionem, ad cujus observantiam voluit hæredem etiam sub iuramento obstrictum testator; Et quidem si ità non est, utique nulla conditio reperiri fas est, quæ juramento monita, duas non habeat partes. Cæterùm conditio non in facto consistit, nã non scriptum: *hæres esto si fecerit, si dederit*; sed in iureiurando faciendi. *Si juraverit se facturum*; Cum iurat se facturum esse, iam paret conditioni, & ad hereditatem admittetur, nam quando iuratum faciet, tunc non implet conditionem, sed iuramentum.

8 Ex dictis autem dignoscimus dubitandi rationem perelegantem *Juliani* Responsum habuisse; Siquidem remisso iureiurando, remissa etiam conditio, quæ in eo consistebat, videbatur, & hinc hæres ad hæreditatem iam admissus non improbabiliter adimplere detrectabat; Nam implementum remissum
9 dicebat; aliud tamèn Juris Consulto visum qui iuramentum quidem dixit remissum, & cum eo conditionem, ideò ad hæreditatem admitti potuisse: at non ideò ex hoc voluit exemptũ facere hæredẽ, quem voluit testator, ut iuraret se facturum; implere itaq; cogitur, non quia iuravit, sed quia testator iussit facere, ut certè iussit, & adeò enixè, ut ad iuramentum adigere hæredem voluerit.

10 Portò non rectè *Fabrum* usum pro se textu in *l. Celsus* 23. §. 1. *D. de receptis arbitris*, ex eo constat, quod in eo tex. ideò una conditio *si dederis intra Kalendas*, duas habet partes; quia potest in duas partes dividi hoc modo *si dederis pecuniam, & si intrà kalendas dederis*, & in utroque arbitrium remanet; nam potest quis dare, vel non dare velle, & potest postquam dare voluit, nolle tamen intra Calendas dare, at non sic est in præsenti conditione *si iuraverit se facturum*, nam hoc non potest dividi ità *si iuraveris*, & *si te facturum iuraveris*, neque ità *si iuraveris, & si feceris*; nàm hoc secundum non conditio est, sed executio eius, quod iurasti, neque postquam iurasti te facturum potes pro arbitrio facere, aut non facere, & sane si te facturum conditio esset, utique remisso iuramento, non prius ad hæreditatem admitteretur hæres, quàm si fecisset, & tamèn admittitur, quanquàm adhùc non fecerit, quinimmò etiam sine cautione de faciendo, ut in his, quæ in non
11 faciendo consistunt, exigere solemus; Igitur à primo ad ultimum concludendum erit, conditionem, prædicto modo conceptam, unicam esse, si iuraverit aliquid facturum, & statim quod iurat hæres, aut quod ei iusiurandum remittitur, impletam eam esse, hæreditatemque obtineri posse; cogendum tamèn iussa testatoris hæredem exequi; quia testator id voluit, & vehementèr, ut suprà diximus, unde si non pareat, denegandæ eidem erunt actiones hæreditariæ, ut *Vlpianus* respondit in *l. qui sub conditione* 8. §. *quotiès D. de cond. instit.* hoc enim modo adigere Iuris Consulto visum est hæredem ad exequendum testatoris præceptum cum alioquin iurisiurandi conditione solutus hæres, & hæreditate obtenta parere illi non curasset.

12 Sed *Repetentes*, & si incommodam lectionem huius *l. hæc scriptura* 26. *D. de cond. & dem.* agnoscant, commodum tamen, & planum illius sensum fatentur post *Bartolum*, & *Baldum*, ex quorum dictis deducunt, quod scriptura eadem, possit de jure esse partim va-
13 lida, partim invalida: Verùm in eo *Accursius* noster suavis fuit, quod & si apertè *Julianus* dixerit his verbis: *Si viginti dederit, aut iuraverit se aliquid facturum unam conditionem exprimi* ipse contrà duas revera esse contendat, & scribat in *Glossa* ad ver. *unam*.

14 Occasione autem eius quod hic dicitur de iurando aliquid facturum, notant *Practici*, quod & si hęres promittat se facturum aliquod, aut soluturum, non ideò id facere, aut solvere tenebitur de proprio, & ultrà vires hæreditarias, adeòut beneficium inventarij perdiderit *Gratianus discept. forens. cap.* 34. *num.* 29. quinimò si non solùm promiserit; sed etiam se sollemniter obligaverit, licèt quidam dixerint teneri de proprio, inter quos *Surdus decis.* 297. & 212. adversùs quẽ disputat suus Addirionator *Cõs. Hodierna*. Attamẽ apud nos non teneri obtinuit ex vulgata decisione S. Consilij iunctis quatuor Aulis, de qua *Toro* in compendio, cæterique recentiores *Pragmatici*.

15 Denique & illud adnotandum est, quod promissio de aliquid faciendo, obligat promittentem, ut statim faciat, quod *institutionum* Interpretes docent ad §. *si impossibilis inst. de inutil. stipul.* & ad §. *omnis stipul. inst. de verborum oblig.* Et *Pragmatici* cum *Gratiano discept. cap.* 588. *num.* 30. Hinc si non fecerit ad interesse teneri *Surdus* scribit *cons.* 52. *n.* 36. *Grassus de except. cap.* 13. *num.* 57. Et ex ipsis, & alijs idem *Gratianus cap.* 924. *num.* 3.

16 An

16 An verò promissio de faciendo ipsum factum includat, idèmque cum illo sit, ut explicent, solent plures casus Nostri distinguere post *Afflictum decis. 61. Barzinm decis.* 183. & alios propemodò infinitos adductos à *Tiraquello de retract. convent. ad finem tituli num. 42. usque ad 46. & à Gratiano cap. 987.* à quibus res tota petenda erit.



CAPVT VI.

Asseritur recepta lectio in l. filius familias 114. §. apud Marcellum D. de leg. 1.

SVMMARIVM.

1 *Fabri coniectura de corrupto hoc tex. à Triboniano.*
2 *Falsam eam esse, ostenditur.*
3 *Expositio, & Ratio textus.*
4 *Non variatur species, sed proposita lucidius explicatur.*
5 *De Marciani Reprehensione adversùs Marcellum.*
6 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
7 *De divisione, & portionibus fructuum.*
8 *De adnotatione Pragmaticorum adversùs Cuiacium.*

1 Quàm temerè *Faber*, ut Juris Consultorum responsa mutilet, aut depravet, *Triboniani* ea esse, aut à *Triboniano* interpolata sibi fingat, quisquis volet, ex his locis, quos in antecedentibus defendimus, ex his, quæ defensuri sumus in sequentibus facilè videt, inter quos celebris hic est *Marciani* in *l. filius familias* 114. §. *apud D. de leg.* 1. de quo in præsenti. Nam locum hunc à *Triboniano* corruptum contendit *Faber* eaque verba, & ait *Marcellus*, *si Titius testator centum ex fructibus, quos vivus legatarius perceperit, reliquerit, & legatarius post tantum temporis decessisset, &c.* scribit inserta à *Triboniano* qui & speciem propositam à *Marciano* variavit.

2 Sed ad hanc calumniam refellendam, & si illud sufficeret, quod *Marcellus* citetur author sententiæ, quod *Tribonianus* si de suo eam addidisset nunquam fecisset ultrò observandum erit, quod in proposita specie apud *Marcianum*, quamvis simplicitèr testator per fideicommissum centum reliquisset à legatario fundi, quem etiam gravavit, ut post mortem suam restitueret fundum legatum. Attamèn fideicommissum istud ità interpretantur Iuris Consulti, ac si ex fructibus fundi legati, fuisset relictum, ut constat vel in illis verbis, quæ *Marcelli*, aut *Marciani* esse fatetur *Faber nu. 5. & 9. Si legatarius post tantùm temporis decessisset, ut ex fructibus centum fierent.* Nā plane nisi huiusmodi interpretatio
3 admitteretur, prorsùs inutile fideicommissum foret; quippè cum Regula sit tùm hic à *Marcello*, aut *Marciano*, & à *Scevola* in *l. nomen* 34. §. *uni de leg.* 3. tùm communitèr à I. Cons. proposita, quod non possit quis gravari plus restituere, eius quod accepit, cūq; hic proponatur legatarium fundum accepisse quidem, at non integrum, sed dumtaxat fructus illius quoad vivat; nàm proprietatē restituere alteri cum moritur iussus est; sequitur necessariò ut (quia tanti ab eo legari potest quanti ex fructibus perceperit.) Id quod ab eo legatum est, ex fructibus percipiendis legatum esse, & per consequens, quamvis simplicitèr testator cētum legaverit sive fideicommiserit subintelligendum esse ex fructibus fundi legari ea relicta esse. Hinc apparet, primò in illis verbis *testator, &c.* non speciem variari sed ean-
4 dem, quæ proposita est interpretari; apparet secundò, & in illis: *Sed vix est, ut legatarium ex redditibus, voluit antè dare, quam ex fructibus percepisset* (quæ potissimùm exagitat *Faber num. 8. in fine*) testatoris voluntatem à se interpretatam magis, ac magis explicare Juris Consultum, atque sic progredi; voluit testator præstari centum à legatario; Ergò voluit præstari ea centum ex his, quæ recepisset; nàm alioqnin inepta voluntas, inutile legatum; at fructus dumtaxàt fundi gravatus percepturus est, ergò voluit ex fructibus fundi præstari fideicommissum. Rursùs si voluit ex fructibus: ergò non antequàm perceperit fructus legatarius præstare fideicommissum cogetur.

5 Ex hac autem ratiocinatione descendit, ut iustissimè *Marcianus* reprehendat in §. *sed si*, *Marcellum*, quem non defendunt *Fabri* oppositiones sub *num.* 12. siquidèm occurrit statim illis, idem *Marcianus* admonens universalitèr non esse admittēdas. quid enim si legatarius gravatus id recuset, malitque totum fundum præstare fideicommissario, ut ex fructibus ipsius sibi satisfaciat, non autem pro eo exactorem agere, aut collectorem, an non audiendus erit? Rursùs quid si fundus non plùs valeat eo quod legatum est, aut paulò plus? At si dicas cum *Fabro*, hi casus rari sunt, Respondebo quinimmò frequentissimi, si vera Regula, quod semper, magis eo, quod est de facultatibus suis sperant homines; Si quoque verum, ut verissimum, quod sæpè patris familiæ mors detrimenti non parum bonis relictis inferat; adsentien-

dum

dum ergo non, *Fabro*, sed *Marciano* erit, qui suam sententiam ex usu recepto corroborat dum ait, *quo iure utimur*, quod ipsum etiam Juris Consulti manum prodit, non *Triboniani*, qui nunquàm his adminiculis sententiam suam firmasset, qui sciret, quid *Imperator* posset.

6 Sed cum apud *Repetentes, & Pragmaticos* vulgatissima, & receptissima regula sit, intantum gravari aliquē posse in quantū honoratur, ut explicant *Bartolus, & Baldus*, cęterique ad hanc *l. filiusfamilias* 117. §. *apud Marcellum D. de leg.* 1. *& ad l. defuncta D. de usufr. & ad l. Pomponius §. si conditioni D. de inoff. testam. Salycetus, & Castrensis ad l. ab eo C. de fideicomm. Menochius cons.* 347. *num.* 38. *lib.* 4. *Grassus recept. sent. §. fideicomm. quæst.* 6. planissimum etiam apud eos est, quod dicitur in hoc §. *apud Marcellum*, præstandum fideicommissum ratione fructuum, & ex fructibus ipsis perceptis.

7 Rursùs, & quod hic dicitur de fideicommisso ratione fructuum præstando, dicunt & Nostri, in debito, sivè in portione solvenda ipsorum fructuum ratione, nam & hæc dividetur pro rata, & præstabitur, ut latius scripsère *Tiraquellus de retractu* §. 5. *Gl.* 4. *num.* 11. *Castillo de usufructu ad l. defuncta.* 65. *de usufr. Costa de ratione quota qu.* 155. & faciunt ad hoc etiam adducta à *Gallo lib.* 2. *obser.* 10. *& à Franco in dec.* 168. *n.* 12. ubi Addentes, & *Luca*, qui & si non male plura ad fructuum divisionem faciendam, collegerit; illud temerè admittit quod in dividendis fructibus non adhùc perceptis inter proprietarium, & fru-
8 ctuarium, non solum cum *Consiliario Recco respons.* 85. *n.* 8. cum quo certè poterat, sed cum interpretum omnium Principe *Jacobo Cuiacio* 4. *feudorum n.* 3. *& obser.* 14. *cap.* 22. in arenam pugnaturus descendit; quasi quod *Cuiac.* ignorasset quod scriptum extat in §. *is ver.* [illegible] *instit. de rerum divis.* [illegible] *in l. si fur decerpserit D. de usufr. & quemadm.* quando perpendi[illegible] ille quod non percepit *Additionato* [illegible] aliud esse quęrere de vi & proprietate [illegible] & n[illegible] perfecti dominij, unde cō[illegible] cum p[illegible] & potestas condi[illegible]di, aliud [illegible] de [illegible] obtinendi, & con[illegible]quendi [illegible] nāque metum ius, in hac ęq[illegible] at[illegible] n [illegible]pe[illegible]amus; hinc si quęreretur ao hæredes fru[illegible]uarij condictionem ha[illegible] i fint[illegible] espon[illegible] & re[illegible] illum nequaqua habituros, tum [illegible] surem, tum etiam si adv[illegible]lus pro[illegible] [illegible] agerent p[illegible]o fr[illegible] & [illegible] perc[illegible] At [illegible] quær[illegible] ius al[illegible] abean[illegible] [illegible] R[illegible]on [illegible] [illegible] ctu[illegible] pr[illegible] pr[illegible] *Pragmatici*[illegible] cum quibus [illegible] *Lu*[illegible]

neus vol. [illegible] *dec.* 176. *n.* 16. *& Castillo de usufr. cap.* 7[illegible]. quinimmo *Neotericorum* pleriq; cum *Donello* 10. *comment. c.* 9. *Paulo Busio ad l.* 58. *de usufr.* aliique utuntur, cum de Pensionibus solvendis agitur; non debent in hac re de qua nos, eam infringere.

CAPVT VII.

Ad §. si centum l. Imperator. 70. D. de leg. 2.

SVMMARIVM.

1 *Perspicuus hic tex.*
2 *Reicitur Fabri emendatio, & si levis, ad §. si centum.*
3 *Mala Fabriana emendatio.*
4 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
5 *Diminuitur onus intrinsecum diminuto legato, non autem onus extrinsecum.*

1 Quod scriptum est in principio *l. Imperator D. de leg.* 2. perspici[illegible] *Interpretibus* rectè explicatum præcipuè ab *Hugone Donell.* inte[illegible] *cap.* 9. undè coniecturis no opus, quod ve[illegible] sequitur in §. *centum* dilucidam quoque, & elegantem habet sententiam, quam [illegible], vel
2 levissima mutatione à *Fabro* inverti non patiar; Etenim cum *Papinianus* tractasset de eo, qui quantitatis leg[illegible] acceperat, & de solvco[illegible]a quant[illegible] te fideicommi[illegible] erat rog[illegible] d[illegible] eodem, *si non quan[illegible] solvere, ut supra; sed speciem pr[illegible] esset*, & ait, q[illegible]d quanquam [illegible] s præ[illegible] majoris præt[illegible] ret, nihilomi[illegible] eā pr[illegible]are oportebit, ide[illegible] que non esse[illegible] offerat tantu[illegible] p[illegible] stare quan[illegible] perce[illegible]. Habet hæc sententia elegan[illegible], quod cum [illegible]peciem in pr[illegible] va[illegible] te [illegible] aria æstimatio, [illegible]bi [illegible] le[illegible] ta[illegible], quod legat[illegible] pr[illegible] re. vid[illegible] ([illegible] plurīs valet, a[illegible] m[illegible] & legatum accepit [illegible] ea quanti[illegible] quæ ei [illegible]olve[illegible] [illegible]tule.

3 Sed *Faber* partic[illegible] in particulam *ut*, & vult audi[illegible] legatarium, si legatum, quod accepit, & [illegible] q[illegible] percepit[illegible], parat[illegible] si [illegible] n[illegible] past accep[illegible] in [illegible]gnam t[illegible] f[illegible] te [illegible] ca[illegible] rgit. S[illegible] a-

rium facit *Papinianū*, dum prius negat posse legatarium computare, deindè concedi posse offerre omne, quod ex legato, & propter legatum percepit, quādo hoc postremum, computare quoque est. Finge legatarium centum percepisse, finge speciem ducentis dignam gravatum restituere, si fideicommissarius speciem petat, an non idem est, (si rem ipsam intuearis) offerre centum, quæ percepit, & offerre excomputare eadem centum; quando videtur magis audiendus, qui excomputare obtulit, quam qui offert idipsum quod percepit, sivè offert pretium acceptum. Nec dicas in eo esse differentiam, quod qui excomputate obtulerat, is centum duntaxàt, quæ percepit excōputabit, at qui restituere obtulit, omne id quod percepisset Restitu[illegible]rus erit; nàm cum *Papinianus* [illegible]èr dicat, *non est audiendus legatarius, si velit computare omne id, quod computandum erat*: computare, cum velle supponit non solum rem, sed etiam quod percepit ab illa, his ad[illegible]enda sunt quæ *O[illegible]aldus ad Donellum dicto lib.8. cap.9. li[illegible].D.* adnotavit.

4 Rursùs suprà posita regula, quod quis eatenus gravetur, quatenùs honoratur, sic venit explicanda, ut locum habeat, cum gravaminis æstimatio liquida & aperta est, non vero cum non ita est. Finge legatario quantitatis, esse injunctum fideicummissum speciei; quoniàm valor speciei variius, & nùnc unus, nùnc alius, non poterit secure dicere legatarium, se in plus gravatum fuisse; ideoq; fideicommissum nolle præstare, ut in nostro §.*si centum l. Imperator D. de leg.* [illegible].& hæc vera quamvis paulo alitèr proposita à *Bartolo, & Baldo* aliisque *Repetentibus, & a Pragmaticis*, ex *Ancharano cons. 166. & Cravetta cōs.* 357

5 De reliquo apud nostros receptum est, quod diminuto legato, onus intrinsecum minuitur, non autem extrinsecum, ut *Covarruvias in cap. Rainaldus §.3. nu.1[illegible]. in epit. de [illegible]et.* communitèr receptus, explicat, sed quid si onus injunctū in beneficium piæ causæ? videtur non esse [illegible]lud minuendum, nisi tale quod pror[illegible]s omne legati emolumentum absorberet; vide[illegible] tamen de hac te DD. nostros præcipue *Tiraquellum* eiusq; Additionatores *Ric[illegible]ium, Terum*, & [illegible], ad[illegible] quoque [illegible]um de [illegible]quend[illegible] legat[illegible] pi[illegible] ap[illegible] *Bellettum de. [illegible] Cleric. par[illegible]. pluribus in locis.* N[illegible] attentè lega[illegible] qu[illegible] d[illegible]ssime, & Gent[illegible] sui Imperatoris *Justiniani* mit[illegible]us mol[illegible]ina nos [illegible]cire voluit e[illegible] ditiss. *Abbas Micha[illegible] Iustinianus ex [illegible] dyna[illegible] in [illegible] Iu[illegible] Constitutionum [illegible] dice cap. [illegible] de l[illegible] atis p[illegible].56. lib. [illegible] tit [illegible] quo[illegible], & [illegible] rectè monet ex t[illegible]. in Authe[illegible] amplius* quod Episco[illegible] civili [illegible]o, post [illegible] iuber[illegible] execu[illegible] [illegible]ilegatorum t[illegible] piorum, tum proph[illegible]norum pot[illegible]st.

CAPVT VIII.

Ad tex. in l. 1. C. de ordine Iudiciorum.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus.*
2 *Mendum, & emendatio Gothofredi.*
3 *Obiectio Fabri adversus Gothofredum.*
4 *Defenditur Gothofredus.*
5 *Por[illegible] si, & ali[illegible] tex. emendari.*
6 *Sed meli[illegible] erit receptam defendere lectionem cum Goveano, & Gisano.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Quid Canonistæ.*
9 *Quid Pragmatici.*
10 *Iudex alias incompetens, potest competens fieri.*
11 *Si Delegatus, ut Ordinarius, aut [illegible] procedat non ideo acta erunt nulla, si per errorem fuerit processum.*

1 IN *l. 1. C. de ord. Iudiciorum* recepta lectio ita se habet *Adite Præsidem Provinciæ, ruptum esse testamentum Fabij præsentis agnatione filij docete, neque enim impedit notionem eius, quod status quæstio in cognitionem vertitur, & si super causa status cognoscere non pos-*
2 *sit*, atque ita n[illegible]at recepta le[illegible]io ad Præsidis Provinciæ cog[illegible]itionem causā st[illegible]tus per[illegible]re. Verum quia oppositum in iure nostro passi[illegible] traditur e[illegible] regula *l. non distinguemus 32. §. de liberali D. de receptis arbitris; Dion. Go-*
3 *tofred.* mend[illegible] in primis verbis credi[illegible]it, atqu[illegible] emendavit *adite Præsidis Provinciæ delegatum.*

4 Hæc autem emendatio displi[illegible] *Fa[illegible]*, qui non contentus suam obtrud[illegible] *Gotofredi[illegible]* morde[illegible] in præsenti, pr[illegible] q[illegible] hoc verbo *delegare* [illegible]uquam J[illegible] C[illegible]ti, au[illegible] p[illegible]res *Imperatores* u[illegible] in hoc [illegible]su [illegible] *iudicem d[illegible]e*, neque datum Iu[illegible]m d[illegible] [illegible] appellaverint; Etenim [illegible] verbo *delegare* in materia nova[illegible]is.

5 [illegible]d vere[illegible] n[illegible]i *Faber* te ipso [illegible] f[illegible]llas, & [illegible] deret [illegible] in hac m[illegible]teri[illegible] [illegible] dictis [illegible]quiesc[illegible], C[illegible] [illegible] nostros c[illegible] v[illegible] p[illegible], [illegible] o[illegible], & [illegible] *Imp[illegible]* [illegible] loqueretur, [illegible]

delegatã dixit sicut, & *delegari* à lege, vel S.C. in *l.1.D.de officio eius*, Vsi sunt etiã hoc sensu, & eisdem verbis *Paulus*, & *Vlpianus* citrà novationis materiam in *l.non distinguemus* 32 §. *quæsitum D.de receptis arbitris*, & in *l.1.D. de damno infecto* hinc rectè observavit *Brissonius de ver.sign.* apud *Julium Frontinum lib.1 de aquæ ductibus* scriptum omnis res ab *Imperatore delegata*, item judex datus appellatus judex delegatus fuit in *l.5.l.11.& l.14. C.de judicijs*; quandoquidem delegare non aliud est quam alterum in sui locum constituere,& destinare hinc *delegatum munus alicui in l.12 §.funus D.de relig.*

6 Sed quamvis hæc ita sint, attamen dato quod *Gothofredi* emendatio,dato etiã quod *Fabriana* bonum haberent sensum, potius receptã lectionem defendendam vellem, aut saltèm cum multa minori mutatione emendandam, & quidem cum hoc secundum,quomodo fieri posset diximus in *Libris Suspicionum*, primum illud faciet, qui subtili animo prẽditus ratiocinabitur post *Govean.lib.1. variarum lectio, cap.33. & Gifanum in comm. ad Codicem* ad hanc legem ad verba illa (*rup-*

7 *tum esse testamentum*) & dicet prima,quidem huius rescripti verba dirigi ad Præsidem Provinciæ, sed de stylo, & tanquàm sollemnia,à quibus incipere Constitutiones, & Rescripta soleant, & debeant; postrema verò, atque ità Rescriptum ipsum eiusve executionem ad Iudicem datum à Præside pertinere: hinc eò quod à principio dictum *adite Præsidem Provinciæ*, non ideò illi imposita necessitas, ut iudicet *l.8. & 9. D.de off. Præsidis*, sed relicta potestas Iudicem dandi, quem cum, ut solet dederit ad hunc, quæ in Rescripto iubentur, pertinebunt, eique directa erunt.

8 Sed cum famigeratum fuerit adductum Rescriptum apud Nostros, eo passim, & in scholis, & in Foro utuntur,jactantes judicem datum super causa principali posse de incidentibus quoque, & emergentibus causis, cognoscere, licèt aliàs hæc cognitio ad eum non pertineret, ut advertunt *Bartolus,& Salycetus* hic, itemque *Jason*, & cæteri ad *l.quotiès quæstio C.de iudicijs* quibus assentiuntur, *Neoterici*, inter quos *Robertus 1. sent. iuris cap.12.* & alij, sed omnium melius citatus *Giphanius in comment.ad Codicem* hic, quide sententia *Ioannis, & Azonis*, & de quæstione emergente differit luculenter.

9 Pertinet etiã, ut voluit *Glossa* hoc Rescriptum ad cognitionem causarum possessionis, & proprietatis, de quibus plenè Canonistæ in *cap.pastoralis, & cap.cum dilectus ex. de*

10 *causis possess.& proprietatis, Pragmatici* autem in his, quæ pertinent ad hoc Rescriptum sequuntur *Magonium dec.Florent.3.n.1.& Menochium de arbitr.lib.2.cent.2. casu.167.* il-

lud pro certo habentes, quod fieri competẽs

11 aliquando judex, aliàs incompetens possit cum *Gratiano discept.cap.154.* qui & illud rectè advertit *nu.8.* quod si judex delegatus errore ductus procederet tanquàm ordinarius aut è contrà, non ideò acta erunt nulla, quod sanè æquissimum fuit admisisse.



CAPVT IX.

Ad l.tutor decedens 26. D. de liberatione legata.

SVMMARIVM.

1 *Faber receptam lectionem mutat.*
2 *Prima pars huius coniectura ad explicationem tex. facit.*
3 *Pars secunda adversus Fabrum concludit pro lectione recepta.*
4 *Ratio cur concedatur pupillo renuntiare legato olim acceptato, quod non conceditur majori.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Quid Pragmatici.*

1 POstrema illa verba *quod ei ætatis beneficio concedendum est*, quæ contestatione omnium librorum, & omnium *Interpretum* firmantur in *l.tutor decedens 26. D.de liberatione legata*, dispungere *Faber* conatur in præsenti nulla prorsùs, vel levissima ductus con-

2 iectura; nàm quæ à *num.1. ad num. usque 20.* in hoc capite scribit, ea omnia ad explicationem quidem textus faciunt, & ab aliorum commentarijs translata sunt non tamen adversùs ultimam clausulam, quam dispungen-

3 dam tentat, concludunt. Ea verò, quæ 20. *num.* & in sequenti tandèm objicit, nil aliud continent, quam errorẽ ab illo admissum in explicatione *l.Imper. §.centum vers. hæc antè D. de leg.2.* eiusq; repetitionem. Dicũt enim ideo nullam fieri apud *Scevolam* pupillo indulgentiam; quoniàm etiam maioribus licèt postquàm legatum acceptaverint si teneri fideicommisso nolint, ab eodem legato se eximere. At hoc quam falsum sit, ostendit illud ipsum Juris Consulti locum in adducto *§.centum*, ubi disertè scriptum est] in maiore *non esse audiendum eum, si id offerat.* Nõ enim permittit æquitas, ut à pristino consensu recedere legatario permittatur in fraudem fideicommissi, nàm debuit à principio id advertere, quando integrum ei fuerat legatum cum adiecto onere repudiare, vel acceptare, ut

ut in *cap.7.* hujus libri diximus. Ergò quod hoc denegatum maioribus, concedatur pupillo in præsenti, minor ætas facit, & æquitatis illa ratio, quod propter mioorem ætatem potuit in acceptatione legati facilè decipi, dum ei non omne perfectum judicium erat. Errat itaque *Faber* dum ut hunc legatarium, quem *pupillum*, & *minorem* dixit *Scevola*, faciat maiorem, perversa interpretatione verba illa (*tutelam gessit*) vult ut innuant, è tutela exisse, majoremque factum pupillum qui de præterito sub tutela fuit, quasi quod vel cæcis non esset clarum, quod de homine jàm defuncto J. Conf. loquitur, de quo omnia præterita sunt, cuiusque quidquid fuit, olim fuit; sanè si ita explicandum foret verbum *gessit*, Explicabo ego eodem modo ly *dari voluit*, idest in præterito, & longè antè testamentum, & eo tempore, quo gerebat tutelam, dati voluisse, dicam, quod ridiculum est.

5 Rejectis igitur tot à *Fabro* congestis, verissimû semper erit, ut nô solùm ab antiquis post *Bartolum*; sed à *Neotericis*, præsertim *Cujacio in Paratitlis* satis explicatum fuerat ad *l. tutor decedens D. de lib. leg.* quod à pupillo legatario, liberatio in favorem hæredis relinqui potest: unde pupillû, aut legatum refutare, aut si illud maluerit, hæredem liberare oportebit, quod si jàm legatum consequutus fuerit, nec restituat, & tamèn computa, aut reliqua petat exceptione opposita ab hærede agens pupillus repelletur.

6 Hoc autèm *Pragmatici* & ipsi fatentur; & addunt quædam de liberatione facta, aut legata tutori, deque modo eam faciendi, quæ omnia collegit *Paulus Montanus de jure tutelarum cap. 5. & cap. 38.* & passim. Verùm qui rationem reddere debet, quid facere teneatur *Menochius* exprimit *de arbitr. lib. 2. casu 209.*



CAPVT X.

Defenditur tex. in l. 1. D. de liberatione legata.

SVMMARIVM.

1 *Legatum pignoris Creditori factum valet etiamsi debitum non sit legatum.*
2 *Fabri coniectura de Triboniana additione.*
3 *Refellitur.*
4 *Diluitur obiectio Fabriana.*
5 *Argumenta quibus suam coniecturam astruit, à Bachovio, & alijs rejecta.*
6 *Addno reducuntur.*
7 *Ambo diluuntur.*
8 *Etiam in alijs juribus id ipsum quod in hac l. 1. Responsum fuit.*
9 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
10 *Quare legato chirographo censetur legatum debitum, & nonidem legato pignore.*
11 *Ad hoc ut legatum valeat sufficit quod vel minima utilitas afferatur legatario.*

1 Legatum pignoris à creditore debitori factum scripsit *Julianus* valere, atque actionem debitori præbere, ut pignus recipiat antequam pecuniam solvat, ut in *l. 1. §. 1. D. de liberat. legata*, ut refert *Ulpianus* qui eum adiiciat *sic esse Julianum loquutum quasi debitum non debeat lucrari*; Nescio quis revelaverit

2 *Fabro*, postremam hanc clausulà illius non esse; sed à *Triboniano* suppositam, & nequaquam *Julianum* ità esse loquutum, sed cësuisse una cum pignore etiàm debitum legatum fore; cum tamen, estò, quod *Triboniani* integra clausula foret, adhùc magis illi

3 credendum quam *Fabro* circa *Juliani* sententiam; quippè *Tribonianus* integra *Juliani* scripta vidit, in quibus latiùs hæc materia tractabat, *Faber* nô item. Cæterùm his *Tribonianum* nil de suo addidisse constat, vel ex paucis verbis, quæ in principio §. proponuntur, dum ex illis, quid *Julianus* senserit intelligimus; siquidem hæc locutio *actionem habet ad pignus recipiendum antequàm solvat*, non obscurè indicat etiam post pignus restitutum, ius debitæ pecuniæ petendæ integrum remanere, in eoque dumtaxàt utilitatem legati consistere, ut petere legatarius pignus possit antequam solvat, antequàm scil. & priusquam solverit, at non, & *si non solverit*, & si nunquam solverit, sanè si non ita, nulla pecuniæ solvendæ mentio fieri debuit; nàm hæc omninò impertinens, ubi liberatio debiti legata fuerat.

4 Rursùs, quod *Faber* scribit hic *num.* 8. facilè diluitur; nàm observare debuit, quod quamvis pignus sine debito non consistat, vice tamèn versa debitum rectè consistit sine pignore; Hine quamvis pecunia soluta liberetur pignus, & solvatur quoque debitum, & quamvis remisso debito, remittatur etiàm & pignus, quod sine illo non stat: attamèn vice versa liberato pignore, nô opus est, ut neq; debitum remaneat, & ut hoc quoque remittatur quàdo sine pignore rectè consistit; hinc separata causa debiti à pignoris causa, quamvis debitor actionem habeat ad pignus recuperandum, quamvis liberatum pignus sit, antequàm solvatur pecunia, tamèn adhùc debita remanet, eamq; oportet, ut solvat, si uti à pignore, etiá à debito liberari velit legatarius.

5 Sed audiamus quæ *Fabrum* movent, otà Tri-

Tribon. textum interpolatum dixerit hæc nãq; si reiecta à *Baehovio in notatis ad Treutl. vol. 2. disput. 1. thesi 9. lit. D.* & denuò à *Schifordegero* asserta, tandem extiterint confutata à *D. Franc. Amaya obser. 2. cap. 14.* adhùc & à nobis investigari nec inutilitèr exposcunt.

6 Ad duo itaque *Fabriana* argumenta deducuntur. Primum, quod hoc, pignoris dumtaxàt legatum, non etiàm debiti prorsùs inutile foret. Secundum, quod voluntates defunctorum pleniùs interpretari debeamus.

7 Verùm ad primum Respondendum est, quod in multis juribus scriptũ extat, aliquid in pignore emolumenti esse ultra id, quod in debito est. Hinc Regula plus esse in re, quam in persona *l. plus 25. D. de reg. jur.* & hinc posse pignus remitti non debitum *l. etiàm 11. l. jubemus 21. C. ad Vellejan.* hæc autem utilitas licèt non magna sit, quia tamen utilitas est, sufficit ad hoc, ut in ea legatum constet, ut aliàs evenit in specie *l. si domus 71. §. si fundus in fine D. de leg. 1.*

Respondetur etiam ex his, ad secundum; nàm satis est debitoribus, eos liberari eatenùs, quatenùs testator voluit, nèc debemus de re defuncti disponentis plus illo liberalitatem exercere.

8 Denique & illud etiam de improbabilitate *Fabrum* convincit, quod hæc eadẽ sententia, quæ in hac *l. 1.* expressa est à *Modestino in l. postquam 3. D. de pactis*, & deducitur ex *l. 3. §. ult. de leg. 3.* quo in loco dum supponitur valere liberationem pignoris mortis causa ex hoc intelligimus valere legatum, in quo dumtaxàt pignus liberetur; & dum posteà subijcitur legatarium non posse fideicommisso onerari, intelligimus legato debitum non esse comprehensum; sed solum modicam illam ex pignoris liberatione utilitatem, alioquin si & debitum quoque foret remissum, utique fideicommisso onerari legatarius potuisset, ut ratiocinatur *Bachovius ex l. 1. §. secundum 6. D. de leg. 3.* Cætera & latiùs apud *Amayam* habes.

9 Neq; aliter quam *Neoterici* sentière *Repetentes*, aut *Pragmatici* de hac *l. 1.* ideoq; passim apud eos utile legatũ dicitur eo quod actionem hypothecariam extinguit, & si personalem pro debito consequendo relinquat, quia ita testatori visum, ut in comment. *instit. de legatis §. ex contrario*, & in *repetitionibus* ad *d. l.* videre est. Item apud *Manticam de coniect. ult. vol. lib. 9. tit. 4. num. 3.* qui videndus quoque *tit. 8.* & passim, cæteri apud *Amayam* loco suprà citato, quidquid *Connanus* existimaverit *lib. 5. comment. cap. 4. n. 2.*

10 Ex hac autẽ ratiocinatione nascitur diversitatis ratio, cur legans pignus non itẽ debitũ legare videatur, quando legans Chirographum, debitum quoque remittit; siquidem legatum pignoris etiàm absque debiti remissione utile esse potest, non itèm legatum chirographi. hoc autem cum facile, & obvium sit, mirandum est, cur tantas excitaverit dissentiones inter *Martinum Hugolinum*, & *Joannem* antiquos Glossographos, quorum sententiam refert *Accursius in l. 3. D. de pactis*, & deinceps inter eorum sequaces *Bartolum*, *Jasonem*, *Castrensem* in comment. ad *d. l. 3.* quamquã eorum dicta digerere, & ad Praxim etiàm dirigere conati sunt *Morla in empor. tit. 11. quæst. 8. Menochius de præsumpt. lib. 3.*

11 *cap. 140.* cum aliàs certum ad hoc ut legatum valeat sufficit, quod vel minimam afferat legatario utilitatem, ut in ea specie est, in qua quis legat Rem suam alteri, si ipsius justum pretium exsolverit; nam & si quanti res valeat, tanti eam emere legatarius cogatur, attamen ex eo solum quod potest illam emere, ac sibi habere, utile legatum erit, ut docent Nostri ex *Tiraquello de retract. in præfatione num. 35.* & adnotavit *Caponus contr. 59. num. 34.*



CAPVT XI.

Ad textum in l. si quis rerum 5. D. de lib. legata.

SVMMARIVM.

1 *Rursùs adversùs Superiores Juris Consultos Faber.*
2 *Primus Tribonianismus Fabri.*
3 *Non esse talem ostenditur.*
4 *Secundus Tribonianismus.*
5 *Reijcitur Fabriana coniectura.*
6 *Replicatio Fabri reicitur.*
7 *Tertius Tribonianismus.*
8 *Fabriana obiectio.*
9 *Refellitur.*
10 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
11 *Simpliciter facto legato, intelligitur de his quæ debentur testamenti tempore.*
12 *Liberatio legata pertinet ad ultimas voluntates, & non ad actus inter vivos.*

1 ADhùc adversùs *Julianum*, & *Vlpianum* arma tractat *Faber* sub prætextu, quod corruperit *Tribonianus* illorum Responsum in *l. si quis rerum 5. D. de lib. legata.* Et cum in principio huius capitis nonnulla vulgaria, & proclivia apud *Interpretes*, attulerit; recoquet primò quæ dixerat *coniect. 4. cap. 18.*

2 Deindè sub *num. 10.* primum *Tribonianismum* profert, esseque scribit in illis verbis: *Sed cum*

alia

alia sit mens legantis alia paciscentis nequaquàm hoc dicimus, quibus cum ad antecedentem illam obiectionem Respondeatur, *At quia solemus dicere* pacti *exceptionem fideius-*
3 *sori dandam, quæ reo cōpetit* quomodò probetur *Triboniani* esse, difficile est invenire; hinc nobis nō aliud opus, quam eorundem sensum explicare. Planè cum ex *Iuliano* dixisset *Vlpianus*, quod *si quis Reo liberationem legaverit, qui & fidejussorem habeat, per acceptilationem debitor erit liberandus, ut ità quoque fidejussor liberetur*, nam alioquin solvens regressum adversùs reum habiturus erit, adijcit & rectè *non idem dicendum esse, si adversus reum*, nullum regressum fideiussor haberet veluti si donaturus fideiussisset, vel pecunia ad eum foret perventa. Nam in hoc casu pacto liberabitur; reus non acceptilatione idest non penitùs debitum auferetur; sed tantum adversus illud (cū remaneat fideiussor obligatus) Reo principali exceptio pacti ad se defendēdū dabitor. Huic autē assertioni, videns J. C. posse obstare Regulam, qua dicere solemus, pacti exceptionem, quæ reo competit dari quoque fideiussori, non dissimulavit obiectionem, sed eam dissolvit Respondens, Regulæ tùnc locum cum non alia mens paciscentis, vel legantis fuerit, ità namque illa verba, *sed cum alia sit mens legantis, alia paciscentis* sunt interpretanda, ut rectè admonuit *Accursius*, ac si scriptum esset; sed cum mens paciscentis, aut legantis contraria sit, tùnc quod dictum est non admittimus, scilicet Regulæ allatæ de accomodanda quoque fideiussori exceptione Reo competente, locum esse non facimus. Dices & unde dignoscimus quando alia mens paciscentis est, & quando pactum ab illo interpositum non iuvabit fideiussorem, & regulæ non erit locus? Respondeo ex modo paciscendi hoc cōstare, nam potest pactum in personam concipi, & pacisei potest Reus, ne à se dumtaxàt petatur, à fideiussore vero petatur, ut idem *Vlpianus* nos docet in *l. nisi hoc 22. D. de pactis*, & similibus. De reliquo ex *d. l. 22.* satis intelligimus *Vlpiani* esse quod in hac *l. 5.* scribitur; nàm eandem sententiam continet, & quam modò explicavimus quod tunc non prosit fideiussori pactum cum reo initum, cum aliud actum est, sivè cum alia mens paciscentium fuerit, siquidem à simili non proderit fideiussori liberatio reo legata, cum alia mens fuerit legantis, quæ esse tùnc præsumitur, cum rei nihil interest fideiussorem liberari. At cum hæc pro vera explicatione sint dicta illud adiicio, quod & si tradita à *Fabro* in citato *c. 18.* coniectura admitteretur; differentiamq; inter hæredem invitum quodammodo, qoia testator iusserat, & creditorem paciscentem esse velimus; adhùc bonum sensum citata verba habebunt, eruntque non ænigmatica, sed perspicua, non *Tribonianea*, sed *Vlpinianea*.

4 *Tribonianismum* secundum agnoscit Faber sub *num. 13.* in illis verbis §. *quod si fidejussor. Sed & hic puto interdùm acceptilatione liberandum, si vel reus ipse fuit, vel in eam rem socius reus.* Etenim ait ipse, huic fideiussori tanquàm fidejussori legata liberatio fuit: ergò etiàm si reus fuerit non acceptilatione, sed pacto erit liberandus, ut ità Correo non prosit, aut Reo, quem vice sua dederat; non enim timebit fideiussor, itemque Reus, aut socius se inquietari quando Correus convenietur.

5 Nugas tamèn has esse, & futiles, ut prodam, Primò petam à *Fabro*: undè habeat, quod tàm perfricta fronte asseverat sub *n. 16.* fideiussori uti fideiussori liberationem legatam fuisse etiàm si sub proprio ipsius nomine legata proponeretur? Si respondeat hoc habere ab expressa testantis voluntate, qui se declaravit legati fideiussori uti fideiussori dumtaxàt, id admittam: sed tunc locus his quæ dicuntur in principio §. nempè pacto fideiuss. liberandum dicā; sed si respondeat nō quidē fuisse hoc expressum à testatore, non fideiussori, & sub hoc nomine legatū, sed Titio; ita esse, credere tamèn ipsum, & asseverare, quoniā Titius fideiussor est, ideoq; eidē uti fideiussori liberationē legatam; Malè eum credere, & asseverare, clamabo; nam quæ major ratio, ut dicere debeamus liberationem legatam, Titio uti fideiussori, quoniàm fideiussor est, & non uti Reo legatam quoniàm & Reus est, in proposito?

6 Replicat *Faber*, ita fieri, ut alij quā cui testator voluit proficiat legatum, at ego ei Replicanti id nego; tùm quia non nuda verba, sed & voluntatem testatoris attendimus, & ex liberatione legata, ei qui & reus sit remisisse omne debitum arguimus, (quod tamèn tūc facimus, cum fieri possit hinc non scriptum *semper acceptilatione liberandum; sed interdum aliquando, &c.*) tùm etiàm quia novum non est, ut beneficium uni collatum, & alteri prosit, id quod admittit *Faber* etiā ultra quam iustum est; Contendens legatam reo liberationem fideiussori prodesse; Cæterùm si dicas *Fabrum* velle quod prosit propter regressum; Respondeo, nequaquam hunc regressum in specie, de qua agit permittēdum. Nam si hunc fideiussorem non talē, sed revera principalem reum supponimus, & è contrà qui Reus, verè fideiussorem voluerit hic & si certè nullū regressum habebit, quod si ambo Correi fuerint, tunc quia qui totū solvit, semper repetet ab altero partem, de regressu tractandum non est, & denique si socij fuerint, nulli dubium est, quod si non per acceptilationem liberabitur legatarius; quando à con-

socio

socio petitur, & ipse quoque inquietabitur, ut apertissimis verbis ex *Juliano*, *Vlpianus* asseretat *in l.* 3. §. *sed si soci D. eod. tit. de lib. legata*, quæ ex eodem *lib.* 33. *ad Sabinum* ex quo hæc lex 5. desumpta est, ut vel ex hoc *Faber* videat quid *Vlpianus* senserit, & desinat adversus *Tribonianum* obstrepere.

7 Denique tertium *Tribonianismum* ait esse in §. *damnatus*, & quod casus ille de liberatione relicta filio non patri omissus fuerit à *Jul.* à quo tractari non debuit; sed ridiculè prorsus quis dubitat an tractata fuerit quæstio, quam tractatam videt, certè *Vlpian.* ipse in primis verbis, §. (non adhùc *Triboniano* attributa) quæstione proponit de liberatione filio familias relicta, fassus eam quidè à *Jul.* propositam sed solutionem ipsius non admodum expressam, quoniam non adiecit hoc casu, utrum acceptilatione filius, an patet sit liberandus. Ulteriùs, non solùm tractatam quæstionem legimus; sed quod omninò tractanda fuerat, ea ratione assequimur quia prorsùs, affinis est quæstioni antecedenti, & mancus Juris Consultus, si omisisset, eo magis quod non rarus illius sit, sed frequens, eventus.

8 Pergit *Faber*, & ait in proposito sive per acceptilationem, sivè per pactum filius liberetur, patrem quoque liberari, qui de peculio teneretur, si filius debitor esset.

9 Et hic quoque nugas agit; nàm vult non aliter speciem proponi posse, quam de filio principali obligato, & de patre, qui ex peculio teneatur, atque ità quæstionem generalem ad unum dumtaxàt casum restringendam, cum tamen si proponeretur species illa, in qua sit quidem filius principalis, pater autem sit fid[...]or, ut proposuit doctissimus *Gothofredus* in notis, non erit idem pacto, quod acceptilatione liberari filium. Rursus si proponatur iussu patris obligatum filiû, (de qua obligatione in tit. *Digestorum quod iussu*) si proponas mandante patre, ut in *l.* 3. *eod. tit. quod iussu*, in his certè casibus non idem pactum quod acceptilatio operabitur.

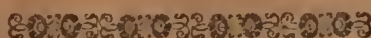
At demus ultrò *Fabro*, quod *Vlpianus* in specie a se proposita de patre, & de [...] de peculio fuerit loq[...] testator expressè puterat m[...] voluntatem, ut filio dumtaxàt, qui principalitèr tenetur prospectum foret, non vero patri, quem de peculio teneri vol[...] (an non id potuit testator) si ita iussisse p[...]titur, quid faciendum? Certe interest quò modo liberatio fiat.

10 Itaque *Fabro* tell[...] si de[...] liberati[...] per ac[...]lationem l[...] dicent[...] Nostr[...] *reum* §. *D. de lib.* [...]. Unde & [...] e[...]ception m[...] tio, fuisse cons[...] 17. [...]

comm. l. 79. §. *mater D. de leg.* 2. *l.* 1. §. *si debitoris D. ut in possess. legator.* ut ità plenissimè liberetur, quod, & *Pragmatici* admittunt post *Grassum recept. sententiarum* §. *legatum qu.* 40. *Covarruviam lib.* 2. *variarum cap.* 14. *Menochium præsumpt. lib.* 4. *cap.* 164. aliosque.

11 Quod si simplicitèr liberatio debitoribus legetur, videri legatum factum his, qui purè debebant tempore testamenti, non itèm alijs, neque bona restatotis possidentibus, scripsit *Mantica lib.* 9. *tit.* 4. *num.* 3. iuxtà doctrinam *Jasonis in* §. *super est n.* 102. *inst. de act.* quanquàm porrigi legatum liberationis nô solùm ad id, quod d[...]tum erat tempore testamenti, sed & ad id quod accessit post testamentû, voluerit *Abbas cons.* 35. *lib.* 1. [...]tus doctrina in accessioni[...], nempe usur[...], & sim[...]libus recipienda est.

12 Ad hæc, & illud rectè quidam animadvertère, quod cum liberatio in testamenro fiat, censeatur facta secundum ipsius testamenti naturam, ideóque ad legatum liberationis, non ad contractum pertinere *Natta cons.* 73. *tomo* 1. & sequaces, quod scire non parum interest; nàm ex liberationis legato Falcidia detrahet[...], ut ca[...] tum in *l. quod de bonis D. ad legem falcidiam.*



CAPUT XII.

Ad tex. in l. si mandato 59. §. creditor D. mandati.

SUMMARIUM.

1 *Exploratum in iure quod vendens iure Creditor[...], non teneatur de e[...]tione.*
2 *Sed si non ad[...] pretium solutum fuerit, an petat, anceps quæstio.*
3 *Faber negat*
4 *Sed videtur affirmari posse.*
5 *Quæ species tr[...] ita in hac l. si mandato* 59.
6 *Quid R[...]pon[...]*
7 *Fabri opp[...] prima, reiicitur.*
8 *R[...]tur secunda.*
9 *Reiicitur tertia.*
10 *Qui[...] R[...]p[...]ntes.*
11 *Quid Pragmatici.*
12 *Ven[...] iure Creditoris, tenetur tamen affir[...] [...]*
13 *V[...] sub ista ce[...]tur iure Creditor[...]*
14 *A[...]*
15 *Caut[...]*
16 *[...] fructuum perceptione imp[...] locus.*

locus evictioni promissa.
17 *Evictionem passus triplicem habet actionem a qua possit iuvari.*

1 IN libris Juris Civilis adeo exploratum est,
quod is, qui jure Creditoris vendidit de
evictione non tenetur, ut in toto tit. *Codi-
cis, credit. de evict. non teneri*, & in *l. 10. D. de
distract. pign.* cum similibus, ut & si statim se-
quuta rei venditæ evictio fuerit, pretium re-
stituere Creditor non cogatur *l. emptorem 12.
§. sententia D. de act. empti.* Verùm si non
2 adhùc pretio, aut non toto pretio exsoluto,
evictio in limine contractus, ut dici solet, im-
mineat, an possit idem Creditor venditor, ad
3 pretium, vel pretij r[illegible]siduum adversùs empto-
rem agere, ance[illegible]s est quæ[illegible]io, in qua *Faber* hic
num. 4. putat non poss[illegible], mot[illegible] is [illegible] du[illegible] itaxat
colore, quod generaliter, & indi[illegible]lincte in *l si
perfectam 24. C. de evi[illegible]onibus* tradit[illegible] in lit,
*si p[illegible]st perfe[illegible]am venditionem, aut pretium nu-
meratum rei venundata mota fuerit quæstio,
vel mancipia vëdita proclament [illegible] libertate, et
in ipso limine contractus immineat evictio, em-
ptorem, si satis ei non offeratur, ad totius, vel
residui pretij solutionem, non compelli iuris au-
thoritate monstratur.*

4 At mihi re attentiùs considerata, opposi-
tum quod *Fabro* videtur, scilicet non com-
præhendere eum qui jure Creditoris vëdidit,
generalë huiusmodi dispositionem, quando-
quidem is nullo colore arceri poterit à peti-
tione pretij nullove colore ad cautionem of-
ferendam urgeri cum ipse de evictione non
teneatur, ut cæteri venditores. Nèq; quod im-
mineat rei evictio obstabit, quid enim hoc
ad Creditorem, quem sufficit dolo malo non
versatü *l. 2. C. creditorem, &c.* sanè etiam ge-
neralis regula est *l. si nomen 2. C. de hæred. vel
actione vendita*, estque de natura contractus,
teneri ad evictionem, qui vendit, & tamèn
ab h[illegible]c regula excipitur creditor iure suo ven-
dens, ut dictum est.

5 Vtcumque tamen hæc res se habeat; illud
certum est, quod *Paulus in l. si mandato 59.
§. creditor D. mandati*, non de hac, sed di-
versa tractat qu[illegible]æstione, nempè de illa an Cre-
ditor, qui pignus, non [illegible]impliciter, & jure Cre-
ditoris, sed mandato Do[illegible] [illegible]ue debi-
t[illegible]ris vendidit, si de [illegible]ione conveniatur
[illegible]
hab[illegible], & [illegible] in præ[illegible] inter[illegible] C[illegible]
jure vendid[illegible]rit, an com[illegible] jure p[illegible]it.
6 Et Res[illegible]ndet [illegible] quæ [illegible] *Paulus*, [illegible] *editor
ex pre[illegible] [illegible] con[illegible] [illegible] non sit
mand[illegible] [illegible] videri*, q[illegible]
est ac[illegible] dixisset, *[illegible]mpliciter, ut ma[illegible]d[illegible]tarius
se gessert [illegible]
mandatarius mandas* [illegible] ive quod idë
est, mandans ip[illegible] [illegible] ergo [illegible] pre-
tium consequutus fuerit, aliud dicendü, nam
nos ex oppositione facta cum præcedentibus
debemus exponere, quod si creditor vendide-
rit, & pretium acceperit, quia ut creditor vë-
didit non ut simplex mandatarius, & ex hoc
suum est consequutus creditum neq; de evi-
ctione tenebitur neque habebit regressum.
Opponuntur itaque hæc in tex. pretium sibi
accipere, & pretium non accipere, idemque
sonant, ac jure creditoris vendere, & uti mä-
datarius vendere, idest iure communi vende-
re; & concluditur quod si ut creditor vendi-
derit quoniàm de evictione nö tenetur, pro-
ficiet hoc ad liberandum; quæ sententia po-
stremæ illius clausulæ est, quam ne interpreti
ascribi possit, facit fides omnium Codi-
cum etiam *Florëtinorum*, & authoritas *Ba-
silicorum*, ex quibus *lib. 14. tit. 1. c. 59.* in scho-
li[illegible] abundanter asseritur.

7 Quæ autem *Faber* adversùs illam opponit,
lev[illegible] sunt, & primò quod *Paulus* de suo
re[illegible]p[illegible]n[illegible]o, non fuisset loquutus tanqu[illegible]m ali[illegible]s
& tertius, resell[illegible]ur non solü ob cösuetum Ju-
ris Consult. morem; sed vel ab hoc ip[illegible] tex-
tu, in quo passim de seipso, veluti de tertio lo-
quens *Paulus* passim scribit *Paulus respon-
det.*

8 Secundò opponit, quod non rectè inferan-
tur à præcedentibus quæ tandem cöcludun-
tur; sed hoc facilè etiam diluitur, si quidem ut
dictum est, idem importat in hoc tex, *pretium
sibi recipere*, quàm jure creditoris vendere.

9 Tertiò obijcit quod verbü *promiserit* nö benè
cohæreat præcedentibus, & potiùs scribendü
erat, *vendideris* sed statim hoc reijciemus, cü
recordabimur, idem esse *vendere iure cömuni*
quod *evictionem promittere*, idem *evictionem
promittere*, quod *iure communi vendere.*

10 *Repetentibus* t[illegible] cum [illegible]*abro* per tot am-
bages diss[illegible]p[illegible] n[illegible]n fuit; na illis tex. in
l. si mandato 59. [illegible] *reditor D. mandati* s[illegible]tis di-
lucidè expos[illegible] c[illegible]t post *Bartolum*, *Baldum*,
& *Za[illegible]m in l quod inst. §. si pignora num. 1.
& 3. [illegible] de re iudic.* & similes.

11 *Pragmatici* autèm cum fateantur, duplici
modo creditorem posse pignora vendere, sci-
licet, vel [illegible]x p[illegible] o adi[illegible], & lege pignori da-
ta, vel [illegible]rg[illegible]n[illegible]o, ut lu[illegible]x vend[illegible]t; fat[illegible]ntur
q[illegible] non[illegible] ulla [illegible] ev[illegible]ionem præ-
st[illegible] di[illegible] a[illegible], & al[illegible]m
[illegible] *Car[illegible] ali[illegible] de* [illegible] *tomo* [illegible]
d[illegible]4. [illegible] *Fonta[illegible]* [illegible] *23. nu. 2.*
[illegible] *q* [illegible]

12 [illegible] con[illegible]v[illegible]rtitur, quod
& si [illegible] credito[illegible] vendidit de
ev[illegible]ne n[illegible]n teneat[illegible]r; ten[illegible] tamen [illegible]
pto[illegible] [illegible] *in contron.*
[illegible] *p.* [illegible] *p. 42. n. 9.* &
Afer[illegible] p[illegible] .n. 8.

Rur-

Rorsùs, & illud quoque habent incontroversum, quod quamvis quãdo vẽditio à Judice fit instante creditore, videatur debitor ipse vendere, ut pluribus exornat *Costa de*
13 *juris, & facti ign. inspectione* 40.; attamèn si subasta mandante judice venditio fiat, Jure creditoris res vẽdita censebitur, & evictionis promissioni, & obligationi locus non erit, ut passim in foro jactant post *Riccium collect.* 382.*par.*2.*Galluppum in praxi par.*2.*c.*14. *num.*47. *& Fabrum* nostrum *in Codice sub tit. credit.evict. defin.*4.

14 Tandèm quamvis verum, quod evictioni locus est tùm si res ipsa tùm & si possessio evincatur ex Regula *l.emptore* §. *idem Ner. D.de act.empt.* ut notant *Surdus decis.*22. *n.*7. *& Gratianus discept. cap.* 3. *num.*7. *& cap.*22. *num.* 5. Attamèn hoc explicandum, & regulandum erit secundum ea quæ scripta à *Fabio de Anna cons.*15. *& a Mising.obser.*36.*cent.*1. Hinc praxis apud *Forenses* Nostros recepta, ut in instrumento venditionis caveatur, quod emptor possit de evictione agere, etiàm si lis tantummodò, & aliqualiter fuerit mota, de qua Praxi *Tesaurus decis.*112. *Mag. decis. Flor.* 93. *Intrigliolus decis.* 8. *nu.* 9. *Menochius cons.*
16 230.*num.*78.*lib.*3. Sanè si quis io perceptionibus fructuum impediretur, locum esse evictioni promissæ ex *Castillo decis.*26. *num.*2. *& Reg.Consil.Staibano ad resolut.*55. *num.*39. *in addit.num.*47. palam est; reliqua ad materiam evictioois pertinentia, & quando dici de ea possit, collegit *Riccius collect.*547.

His & illud adjiciendum quod is qui evictionem rerum passus est, ut iodemnitati suæ consulat triplicem habet actionem, nempè, ex empto, redhibitoriam, & æstimatoriam: poteritque his agere, prout expeditius ei videbitur, ut Doctores adnotant ex *l.*1. *& l.si servus C.de act.empt.l. Julianus* §. *offerri D. eodem, & ex l.*1.*ibidem.Item ex l.ult. C.de edilit. act. & ex l.si minor C.de act. empt.* Cæterùm in his advertendum quod emptor & si passum se rei pro parte evictionem queratur, poterit tamen emptionis, & venditionis contractum, ut firmum defendere, & pretii diminutionẽ, aut eius partis restitutiooem poscere *l. si minor C.de act.empti l.venditi* 6. *C.de act.empt.* tunc enim noo actione Redhibitoria, sed actione empti utetur, nec contra eum venditor, aut creditor ad cuius instantiam res vendita fuit, redhibitoria agere poterit & ipse, ut ex *l. si tu poteras C. de remiss. pignoris Arias de Mesa variarum cap.* 25. *Merlino contr.*1. *cap.*46. *Franco decis.*224.*num.*2. *Larrea decis.* 75.*nu.*2. alijsq; adversùs eos qui *Illustr. Marchionis Strozæ* Clieotis sui Jura interverterebantur, defendit strenuè, & doctè ut solet amicus noster *Ioseph Valletta* Juris Responso egregio ad causam typis volgato.



CAPVT XIII.

De Accursij distinctione circà liberationem debitoris pupillaris.

SVMMARIVM.

1 *Accursianæ distinctionis primum caput, defenditur a Fabriana oppositione.*
2 *Item secundum caput.*
3 *Occurritur Fabro.*
4 *De Iustinianea Constitutione in l. Sancimus C.de admin.tut.*
5 *Distinctio Accursiana recepta à Repetentibus, & Pragmaticis.*
6 *Pecuniam versam esse in utilitatem pupilli oportet probari, nec creditur assertioni.*
7 *Si pupillus non habeat tutorem, moram non contrahit debitor pupillaris qui non solvit, nisi ipsemet tutor pupilli foret.*
8 *Tutore finita tutela adhùc solvi potest à debitore in bona fide.*

1 Accursius noster, doctrinæ gratia, distinguendo dicebat cum agitur de solutione facta à debitore pupillari, ejusque liberatione.

Primò, quòd quamvis pupillo absque Judicis, vel Tutoris authoritate fuerit facta solutio, si salvã tamẽ pecunia fuerit, liberatio cõtingit, quæ plena appellati potest. *Fabro* hoc non placet, & ut receptam distinctionem cõfundat, statim huic primæ parti se opponit scribens *n.*2. non rectè eam se habere; quoniàm noo liberabitur ipso iure; sed exceptionis ope se tuebitur debitor. At huiusmodi oppositio, iniqua est, nam *Accursius*, apertis verbis fassus est, obligationem manere, solumque exceptione tutum debitorem futurũ, hinc, quod liberari dicat, non tam rigorosè accipiendum est, sed paulo benigniùs, quoniã, & si liberetur, ope tamen exceptionis id cõsequitur, ut ipsemet *Faber nu.*3. confitetur, & effectu ipso liberationem consequi intelligitur, ab ipso eventu, ut dicebat *Accursius*, qui ideò voluit non plenissimam, aut pleniorem in hoc casu liberationem consequi.

2 Secundò dicebat *Accursius* cum pleniorem consequi liberationem, qui pupillo accedente tutoris authoritate, solverit, sed contrà *Faber* insurgit, & plenistimè hoc casu solventem liberari conteodit, ex illis iuribus, in quibus assertum ipso iure liberari debitorẽ *l. Lucius* 40.§.*cur D.de admin.tut.* Sed cum videat

id ipsum admisisse *Accursium*, Verùm restitutionis metum facere, ne plenissima liberatio hæc sit, negat audactèr *Faber* adversùs hanc solutionē, pupillo restitutionē cōpetere, contra id quod nō dumtaxat *Accurs.* & antiqui; sed ex recentioribus doctissimi *Hugo Donellus 10.comment.cap.10.* & *Barnabas Brissonius lib. 1. de solut.* docuère, quod quæso quis sanæ mentis non admittet, si apertis iuribus traditum est. Et primò in *l.minorib. 2.C.si tutor, vel curator*, in qua rescribit disertè *Alexander, minoribus in his, quæ præsentibus tutoribus, vel curatoribus in judicio, vel extra judicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumventi sunt*. Secundò in *l.etiam 3. sub eod.tit.* in qua idipsum *Dioclet. & Maximil.* rescripsère generalitèr statuentes *minoribus auxilium restitutionis superesse, & si a tutoribus, vel Curatoribus suum consequi possunt*, nam in hac generali sententia, & casus noster compræhēditur. Tertiò in *l.1.C.si adversus solut.* ubi fatentur ijdem *Dioclet. & Maximil. adversùs tutores, cæterorum debitorum exemplo, competere beneficium restitutionis, & si curatoribus*
3 *solverint*. Nèc evitat *Faber* hoc tàm apertum rescriptum, quando sub *num. 9.* comminiscitur, quod in specie *Imperatoribus* proposita non rescindebatur liberatio jàm consequuta; sed per restitutionem fiebat ut ad residuum condemnaretur tutor, alioquin liberatus; nàm commentum hoc non subsistit, quandoquidèm citrà restitutionis extraordinarium beneficium, residuum cōsequi minor poterat, quippè in omnibus debitoribus, in eo quod minùs solvitur, liberatio non contingit *d.l. Lucius 46. §. tutelæ judicio, & §.fin.D.de admin.tutorum*. Sed *Faber* cum videat undiq; præmi tandem ut solet mordet *Tribonianum*, quòd hanc *l.1.* sub hoc *tit. si adversùs solutionem* posuerit, non advertens illam formulam, *si adversùs solutionem a tutore factam* etiàm hunc casum compræhendere, in qua tutor solvit quidem, sed adversùs solutionē agitur.

4 Ergò ut ad propositum redeamus; quoniā ex his iuribus, itemque ex rationibus adductis ab *Interpretibus* ubi suprà citatis, & ab *Osualdo in notatis ad Donellum ubi sup. lit. F.* Constat non omninò tutum eum, qui tutore autore solverit pupillo, quoniam adhùc justè metuet restitutionem, sequitur rectissimè *Accursium* sensisse, & malè *Fabrum* in hac re.

Hinc ad tertiam partem distinctionis descendendum dicendumque tùnc dumtaxàt plenissimam consequi debitorem liberationem, cum etiàm Judicis decretum intervenerit, & tum tutore autore, tum judice jubente solverit, quod pluribus in locis probatur, quorum dumtaxàt unum indicabo, quoniàm controvertitur à *Fabro*, & is *Justiniani* est in *l.Sancimus 25.C.de admin.tutorum, & curat.* in eo namque non scriptum, ut credit *Faber n.6.* tùnc decreto Iudicis opus, cum authoritas tutorum, vel curatorum non intervenit; sed potiùs quod & si hæc interveniat, & cum omni præcedēte cautela subsequatur decretum Judicis, ut constitutio loquitur; hinc in *§. & ex contrario instit. quibus alienare licet, vel non*, seipsum *Justinianus* explicans postquam dixit, *ideòque si debitor pupillo solvat, necessaria est tutoris authoritas, alioquin non liberabitur* subijcit, *sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in Constitutione, quam ad Cæsarienses Advocatos ex suggestione Triboniani viri eminentissimi Quæst. palatij nostri promulgavimus, qua dispositum est ita licere tutori, vel Curatori debitorem pupillarem solvere, ut priùs judicialis sententia sine omni damno celebrata, qua subsequuta, si & Judex pronunciaverit, & debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionē plenissimam securitatem*. Hoc autē quod clatè dixit *Iustinianus*, clariùs repetiit *Theophilus*, ibi, *de Constitutione qua Sancitum est, ut debitor pupilli solutionem tutori ejus, vel Curatori faciat, quam ita facere debet, ut priùs Iudicis sententia sine omni sumptu celebretur, qua solutionem fieri permittat*. Videant ergò *Fabriani* quo casu necessaria sententia sit, & an cum ea authoritas quoque tutoris, vel Curatoris debeat intervenire, ut plenissima securitas contingat.

5 Meritò igitur *Accursiana* distinctio communitèr recepta est, tùm à *Repetentibus*, cum quibus & *Gomezius variarum resolutionum lib.2.cap.14.n.4.* tùm à *Pragmaticis*, cum *Escobar de ratiocinijs c.40.* ita explicantes quod aliàs in Juris Nostri libris scriptum debitorem solventem tutori ipso jure liberatum remanere, ut in *l. Lucius §.tenebitur, & §.fin. D. de admin.tut. l.Stichum §.usumfructum D. de solut.* alijsque expositis à *P. Montano de jure tutelarum cap.3.in nona regul.1a num.111.* & tanquàm certum assumptis à *Gaspare Tesauro lib.3.quæst.79.* nempè à doctissimo, ut omnes sunt, *Sebusiano Senatore* qui ampliat etiam si quis falso tutori solvisset ex *Afflicto decis.147.* & ità decisum notat *num.2.*

6 Porrò & illud addendum est, quod non malè Nostri passim jactant, quod & si ad constituendam plenam liberationem sufficiat pecuniam versam esse in utilitatem pupilli, hoc tamē ita fuisse, debere constare legitimis probationibus; cùm alioquin tutori asserenti non credatur, uti nèc Prælato asserenti pretium rerum Ecclesiasticarum venditarum, esse versum in ipsius Ecclesiæ utilitatem *Alexander cons.4.num.4.lib.2. Redoanus de rebus Ecclesiæ non alien. quæst.20. a num.65. Sperellus decis.154. num. 182.lib.2.* Nàm nèc confessio tutoris de solutione debiti pupillaris

juvat

juvat debitorē, nisi aliundè constet, ut firmat *Suarez in Tesauro commun. opin. lit. C.* quicquid in contrarium Impius Author ad *Alexandrum* ootavetat *consf. 90. lib. 3. & consf. 97. lib. 7. Vivins lib. 2. opin. 68.* quorum dicta si quo casu recipi possit, *P. Montanus loco supra citato n. 123.* explicat.

7 Verùm cum certum sit moram committi à debitore pupillari, si non solvat quod debet, Illud quoque in consequentiam venit, quod si pupillus tutorem non habeat, cui solvens debitor, saltèm pleniorem consequatur liberationem, nequaquàm in mora erit solvendi, nisi tamèn ipsemet qui debitor, tutor, aut curator ejusdem pupilli fuerit, ut tradidère *Franeus dec. 16. Reg. de Marinis 1. resol. c. 22 num. 12. & Censalis ad Peregr. de fideicomm. art. 29. vers. 2. declara.*

8 Denique adnotandum erit, quod & si fuerit finita tutela, nihilominus poterit tutoribus solvi, si in bona fide debitor sit, & tutores ipsi sint solvendo, ut *Tesaurus supra citatus* concludit.



CAPUT XIV.

Ad l. Stichum 95. §. usumfructum D. de solutionibus.

SUMMARIUM.

1 *In proposita quæstione in l. Stichum §. usumfructum, nequaquam dissensisse Juris Consultos.*
2 *Impossibile quod si dissensissent, Tribonianus non adverterit.*
3 *Emendanda Florentina lectio ex Vulgatis, & Noricis libris.*
4 *Retinetur postrema §. clausula.*
5 *Probatur ab exemplo adducto à Papiniano.*
6 *Concluditur pro lectione recepta.*
7 *Quare voluntas servi exquiratur in tex.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Quid Pragmatici.*
10 *Decocto Adiecto solvi non potest.*
11 *Nec literas cambij acceptatas solvere acceptans potest decocto.*
12 *At tenetur si non is cui solvenda, sed scribens fuisset decoctus.*

1 IN hac quæstione, utrum Adiecto solutionis gratia solvi possit etiàm postquàm statum mutaverit, nunquàm adduci potui, ut crederem dissensisse inter se Juris Consultos, & multò minùs, ut crederem dissensisse *Africanum*, cuius est *l. cum quis 38. D. de solutionibus, a Juliano in l. cum qui 56. §. quilibet de verb. oblig.* nempè discipulum à Magistro suo semper venerando, & cuius sententias sempèr in omnibus Responsis refert cum illa epigraphe venerationis plena, *ipse dixit, ipse Respondit*, ut *Cujacius in princ. tractatus ad Africanum* advertit.

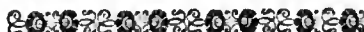
2 His accedebat quod videbatur impossibile, ut *Tribonianus*, & Compilatores adeò Secordes, quinimmò adeo stolidi fuerint, ut duo contraria Responsa sub uno, eodemque tit. reposuissent, nempè *l. cum quis 38. & l. Stichum 95.* de quibus alias diximus in *Suspicionum libris*, cum de illarum conciliatione egimus, & vel *Accursium* sequendum esse in tandem, & *Bachovius* facit, vel textum *Papiniani* emendandum affirmavimus.

3 Præstat igitur, ut nunc de §. *nam si* eiusdem *l. Stichum, aut Pamphilum 95.* aliquid dicamus, & primò in principio ubi scriptum in *Florentinis libris, si conditionis quoque implendæ causa* fateor reponendum esse, *sicuti conditionis implendæ causa*, ut respondeatur ad antecedentia illa, *ità tutori, vel curatori pecunia rectè dabitur*; hanc tamen emendationem non à *Fabro* agnosco, qui impudentissimè sub *n. 35.* illius se facit authorem; sed à Vulgatis libris (in quibus quandoque aliquid meliùs, quàm in *Florentinis*) item à Noricis, alijsque, in quibus omnibus disertè (*sicuti*) non autem (*si*) legitur.

4 Secundò ex omnium librorum fide retinendam volo postremam huius §. clausulam (*idque ita recipi potest, si pecunia in rem, vel pupilli, vel furiosi versa est*, quanquàm contrà obstrepat *Faber*, in præsenti à *num. 17.* quippe quod, vel ex eo, quod dictum fuerat *Labeonis, & Pegasi* sententiam utiliraris causa, id est non *summo jure* receptam fuisse, debuit adjici temperamentum illud, *si pecunia in rem pupilli versa sit*, ne utilitas admissa in damnum pupilli, vel furiosi retorqueretur; præcipuè quia, ut suprà probavimus, beneficium restitutionis in integrū habituri minores sunt & si fuerit ipsis eum authoritate tutorum, aut tutoribus suis solutum.

5 Porrò exemplum, quo *Papinianus* utitur in sequentibus, *quemodo si domino jussus dare servo dedisset*, ut domino *dares*, id quod diximus probat; nàm quia non aliter jussus domino dare liberationem consequitur, si servo dederit; quam si servus ipse vice versa domino dedit, ut fatetur ipsemet *Faber nu. 25.* ità à pari qui tutori solvit, non aliter liberabitur, quàm si is vice versa pupillo solvat: at quomodo hoc? Respondet *Papinianus*, si in rem pupilli vertat, nam hoc est pupillo dare. Nec quod sequitur de servo, difficultatem faciet, etenim id occasione quæstionis de-

domino adiectum, undè nequaquam necessa-
rium, ut idem prorsus, & in eo dici possit; sa-
nè cum in his quæstionum libris Miscellaneas
quæstiones proposuerit *Papinianus*, ut obser-
ri potest, sar ei fuit quod in quodam genere
6 inter se convenirent. Ex his omnibus cum
nil in hoc *Papiniani* responso malum, nil
quod non Jurisprudentià sapiat, concludē-
dum erit adversus *Fabrum*, *Tribonianeum* il-
lud non esse, relinquēdumque *Fabro* nostro,
ut postquam umbras, & nugas congessit, cum
nugis suis, & umbris luctetur.
7 Sed illud non prætermittendum quod re-
ctè voluntas servi exquiritur in vers. *Caterùm
qui servo dare* ibi *si ex volūtate servi dedit*, ete-
nim, *qui stipulatus est sibi, aut Sticho dare
sciens Stichum servum esse*, vult quidem domi-
no acquiri; Sed exigit servi illius ministeriū,
atque ita vult, ut ille velit accipere, & domi-
no acquirere; hæc autem voluntas, quia fa-
cti est à Juris Consulto, ut adsit & manifestè
adsit, iustissimè exigitur.
8 At quoniàm quæ scripsère *Repetentes* circà
intellectum huius *l. Stichum* 95. §. *usumfru-
ctum D. de solut.* & circà illius conciliationē
cum *l. cum quis* 38. *eod. tit. de solut.* collegit
Genoa de passeribus in suis legum conciliatio-
nibus sicut quæ posteà tradidère *Neoterici*
digessit *Everardus Bronchosten Enat. cent.*
9 4. *assert.* 64. Illud tantùm nùnc restat, ut quid
Pragmatici velint, investigemus, & hi parū de
dissensione, aut conciliatione solliciti, illud
solùm advertendum volunt, quòd si solutio-
ni adiectus pupillus, aut furiosus fuerit, rectè
eorum tutori, aut curatori fiet solutio; post
Hartamannum Pistorium Miscellan. qu. par. 1.
q. 37. *& Joannem Zanger. in tract. de excep. lib.*
3. *c.* 1. *n.* 38. aliosque, atque hinc sumpta oc-
casione de modis, quibus quis liberari possit,
si pupillo, aut furioso obligatus fuerit, tra-
ctant non insubtilitèr post *Gomezium* 1. *res.
cap.* 14. *n.* 4. *Emanuelem Costum* 2. *select. c.* 10.
10 Quod autem in hac *l. Stichum* §. *usumfru-
ctum* dictum est de solutione facienda Adie-
cto, etiàm quod statum mutasset, ijdem *Prag-
matici* in specie decocti non admittunt; nàm
supposito, quod quis per decoctionem statum
mutare videatur, adeò ut etiàm mortuo æqui-
patandum velint *Rota Januensis dec.* 1. *Scac-
cia de Commerc.* §. 2. *Gl.* 5. *n.* 329. *Reg. Merlin.
contr.* 2. *cap.* 11. *n.* 13. huiusmodi status muta-
tio faciet, ut eidem nequamquàm solvi pos-
sit, *Pegnera dec.* 271. *Stracca de decoctoribus
par.* 3. *num.* 28. *& Joannes de Evia lib.* 2. *com-
mercij terrestris cap.* 11. *n.* 15. ex quo *Consilia-
rius Roccus in not. de decoct. mercat. not.* 26.
11 Hinc literas cambij, & si acceptatas, solvi
decocto non posse, post decoctionem scribit
idem *Roccus not.* 29. quando secus esset si non
is, cui solvendæ literæ cambij fuerant, sed qui
scripsit literas foret decoctus; nàm si accepta-
tæ reperiantur, & si decocto scribente, solvē-
dæ erunt ab acceptante, & à mensa, seù, ut no-
stri dicunt, à Banco *Francus dec.* 33. Idem de
Evia loco suprà citato *n.* 50. & ex eo *Roccus
notabili* 56. & latius de *Luca* ad citatam
Franci decisionem.



CAPVT XV.

Defenditur textus in l. servus decem 68. D. de solutionibus.

SVMMARIVM.

1 *Sententia textus.*
2 *Defenditur litera ipsius.*
3 *Fabri replicatio.*
4 *Responsio.*
5 *Differentia inter hunc textum, & l. Mævius.*
6 *Defenduntur quædam verba quæ vexat Faber*
7 *Distinctio Nostrorum in proposita quæstione.*
8 *Si furiosus lucida habet internalla, an quod gessit sive quod exegit, in quiete gessisse præsumatur.*
9 *Medicos in hac materia consulendos.*

1 CUM aliquid dari, aut solvi pupillo, vel
furioso testator voluit, id tutori, aut
curatori dandum, aut solvendum esse tùm
æquitas, tùm juris ratio, tùm denique ipsa
testatoris voluntas exigunt, ut ex his omni-
bus *Marcellus in l. servus decem 68. D. de solu-
tionibus* respondet; quod autem Respònsum
2 istud, nequaquàm depravatum fuerit ex se-
quentibus demonstro. Primò; nàm cum Re-
gula sit, quod is, qui dare iussus est, oportet
ut dominum faciat accipientem *l. ubi etiam
75. §. fin. D. de verbor. oblig.* non alitèr id præ-
stabit qui pupillo iussus est dare, aut furioso,
quā si tutori, aut curatori dederit; & nō si ip-
sis pupillo, vel furioso quibus dare, perdere
est. Sed replicat *Faber* (qui ideò depravatum
esse locum à *Triboniano* clamat; quoniàm cre-
dit posse pupillis solvi, & furioso etiàm sine
tutorum, & curatorum interventu) nil hoc
3 ad eum, qui conditioni parere debet; Sufficit
enim paruisse, & paruisse videbitur, statim
ac, ut iussit testator, pupillo, vel furioso sol-
verit; quid enim si iussisset aliquo in loco
4 ponere, aut in mare proijcere? *l. Mævius 25. D.
de cond. & dem.* Huic Replicationi non dif-
ficilis responsio est, siquidem quando testator
dari jubet incapaci, aut in mare proici tunc
quia

quia nil aliud agendum restat, quam testatori parere, & ut pareatur non aliud fieri potest quam dare, aut proicere; adimplebit conditionem is qui dederit, aut proiciet; At quando iubet testator pupillo solvi, furioso solvi, tunc ideò non sufficit his solvere, quia & aliquid aliud fieri potest, ut testatori secundum communem sensum pareatur, & hoc erit tutoribus solvere, aut Curatoribus; quibus solvi voluisse testatorem credendum est, dum pupillo legavit, aut furioso sub tutore, aut curatore degenti neque ut pecunia perdetur cum voluisse; patris familias prudens provisio, patitur ut existimemus.

5 Sed utcumque etiàm admisso quòd alitèr voluntas testatoris possit interpretari, adhùc diversitas est, inter speciẽ hujus *l. servus decem 68.* & speciẽ *l. Mævius 55.* nã in hac *l. servus* saltèm res dubia erit, & quod voluerit solvi tutori, vel curatori, & quod de hac non curaverit in ancipiti; undè poterit utrumq; credi, & restat nobis electio, ut alterutrum credamus; in specie vero *l. Mævius 55.* non utraque interpretatio sumi potest, nec aliud credi, quã quod is qui incapaci dari jussit, perdere voluit, ut suprà diximus; His accedit utilitas solventis, cujus interest pecuniam tutori solutam esse, ut ita liberationem consequatur. Et quamvis fatear esse differentiam inter pupillarem debitorem, & eum, qui solvere pupillo pecuniam jussus fuit; attamèn hanc in eo esse contendo, quod debitori, authoritate tutoris, & decreto Judicis, opus erit, ut plenissimam consequatur liberationem, jusso autem dare sufficiet, tutori solvisse. Cæterùm, qui elegit potiùs pupillo Adjecto, aut tutori solvere, quàm ei, in quem constiterat stipulatio; quoniam spontè se periculo objecit, eũ, ut tutus omninò sit, oportet, nõ solũ tutori solvisse, sed salvam pecuniam esse, cum hoc enim temperamento admissa Pegasi, & Labeonis sententia à *Papiniano* fuit in *l. Stichum, aut Pamphilum 95. §. nam si, D. de solut.*

6 Tandem & dicamus nos aliqua de verbis huius *l. Servus decem*; nàm hæc etiam ut *Tribonianea* exagitat *Faber.* Et quidèm cum sint in tex. illa *ne datio ex eorum imbecillitate pereat,* impropriè datio ait *Faber* scriptum esse pro pecunia data; nàm ex eo quod datio factum significat perire non potest, quanquàm possit pecunia perire: frivola sanè oppositio, tùm quia alijs Iuris nostri locis usurpata in hoc sensu hæc formula loquendi, nèc impropriè fuit, ut videre est in *Brissonij*, aliorumque Lexicis; tùm etiam quia & si factum infectum fieri non possit, potest pro infecto haberi, atque ita perire, & in præsenti id contingit, nam datio pecuniæ pupillo, vel furioso perit: quoniàm ex eorum imbecillitate pro infecta, sivè non facta datio habetur.

Insupèr adversùs scriptum *tutori quidem, vel Curatori utiliter dependi. Faber* opponit quod vix ullo alio Pandectarum loco reperias *dependi* pro *solvi*; prorsùs impudentèr, nam sexcenta loca in Pandectis reperies, in quibus *pendi, & dependi* pro solvi scriptum est, ut in lexicis observabis, & sufficiat adduxisse *l. 1. D. si ager vectigal. & l. Titius 24. D. de præscriptis verbis.* Sapiet etiam hæc locutio antiquam eruditionem, ei qui apud *Ciceronem lib. 1. epist. famil. & lib. 1. ad Att.* itemque apud *Papinianum in l. in fideicomm. 3. §. ex his D. de usuris* dependere non solùm simplicitèr solvere significare observabit: sed & periculum, & detrimentum præstare; unde per quàm elegantèr hoc verbo usus *Marcellus* in præsenti fuit.

7 Sed quoad Nostros attinet. illi in exponenda hac *l. Servus decem 68. D. de solut.* solent distinguere intèr conditionem, quæ in dando, & illam quæ in faciendo consistat; & in prima dicunt impleri eam in personam tutoris, vel curatoris, cum aliquid testator dari pupillo, vel furioso iusserit. In secunda non itèm, ut docuère *Bartolus* hic *Baldus*, alijq; ad *l. cum pupillus D. de cond. & dem. & in l. 32. D. de manum. vindicta.*

Practici autem, qui mordicus tenẽt, pupillo, & furioso, nequaquàm dandum, aut solvendum esse Regulam statuunt, quod qui cũ his contrahunt, aut negotium gerunt, scientes tales esse, nèc curatores, & sollemnitates adhibent, in mala fide sunt, ut *Ozasehus* adnotat *decis. 177. nu. 7.* Et sanè si furiosus is est, qui quod agit ignorat, quinimmò & mortuo æquiparatur *Cujacius in notis ad tit. inst. de test. ordinandis, Covarruvias in Clem. furiosus de hom. Gratianus discept. cap. 531. nu. 84.* Nescio quomodò poterit dici rectè ei datum, aut solutum, quando nèc liberatio solventi acquiritur, cum non possit alienare. Vide *Josephum Lud. decis. Perusina 1. Hippol. singul. 380. Bartium decis. 23. num. 47.*

8 Quod si furiosus lucida haberet intervalla, an ei solvi, aut dari possit? quæri solet; & pendet hæc quæstio ab illa, an furiosus dilucida habens intervalla validè actus aliquos faciat, & an præsumatur illos in quiete, an verò in furore fecisse? Sed cum dicant Nostri ad hanc quæstionem ex ipsis actibus respondendum esse. Et siquidèm ea homini sanæ mentis conveniant, præsumentur facta quietis tempore, aliàs secùs, ut *Mising. obser. 41. cent. 2. Magonius decis. Flor. 97. Barz. decis. 23. num. 61. Ludov. decis. Perusina 1.* docuère; Idem responderi poterit circà materiam solutionis ei factæ.

9 Quomodo autem, & ex quibus signis dignoscatur dementia, tractant *Mantica de coniect. lib. 2. tit. 5. num. 10. Ludovicus decis.*

Lu-

Lucensi 22.*Franc. Marc. q.* 345. *Magon. decis.Florẽtina* 97.*Rubeis de testam.c.*12.alijq; pluries à nobis citati. Sed cum ad Medicos pręcipuè hęc cognitio,ut alibi diximus pertineat, cum illis res tractanda, præsertim cũ *Paulo Zacchia*, qui more legali quæstionem disputavit in *quæst. Medico legalibus lib.* 2. *tit.* 1. Cæterùm Noster *Fridericus Meninni* in Arte Medica, & Poesi, nedùm in bonis omnibus Artibus, & Scientijs egregiè eruditus, mihique Amicissimus in proposita quæstione, etiam temporis, in quo Actus gesti, curam habendam existimabat; nam si Vere, aut Autumno, illos potiùs à forioso quàm à sanæ mentis homine factos esse ab *Hipocrate* in Aphorismo illo *Vere furores Atrabilares,&c.* satis edocemur.



CAPUT XVI.

Ad tex.in l.si alterius 10.D.de hæred. instit.

SUMMARIUM.

1 *Florentinis Pandectis,meliorem in hac l. si alterius literam textus,vulgata habent.*
2 *Impudentia Fabri.*
3 *Malam recipit emendationem.*
4 *Scribi pretium cum accento, pro pretiorum rectè potuit.*
5 *Quid si testator partes fecerit.*
6 *Non semper difficile pro impossibile ponitur.*
7 *Refellitur Fabriana assertio.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Quid Pragmatici.*
10 *Quid si testator instituat quosdam ex partibus, quas se discripturum ait.*
11 *Quid si testator dixerit factis legatis, in reliquis se Titium heredem facere, an hic hæres respectu legatariorum, quidam negant.*
12 *Alij affirmant.*
13 *Sed non bona utuntur ratione.*
14 *Vera ratio,& quæstionis decisio.*

1 A Plerisque viris doctissimis observatum est, quod & nos pluribus in locis fassi sumus, *Florentinas Pandectas* quamvis omnibus meliores, non tamen omninò à mendis immunes esse, ideòque plerumque aliquid meliùs in vulgatis, quàm in ipsis scriptum inveniri; exemplo erit hæc *l.si alterius* 10. *D.de hæred. instit.* quæ cum secundum lectionem *Florentinam* vix explicari posset, secundum vulgatam,& bonum sensum habet, & perspicuum, quem defendimus in libris *Susp.* unde hic tantummodò *Fabri* errata, aut nugas demonstrare oportebit.

2 Et primò impudentèr se gerit *Faber*; dùm sub *num.* 15. se Autorem facit illius emendationis, quæ ubi scriptum in hac *lege diversitate pretium* reponit *diversitate partium*, quãdò longè ante ipsum in juris libris invehere eam tentavit *Ant. Contius* in suis *Pandectis*.

3 Secundò malè se gerit, dùm malè recipit emendationem ab omnibus rejectam; ut Glossa marginalis in vulgatis advertit, & quam respuit nõ solũ vulgata lectio, quæ *aequis partibus institutos hæredes* habet, sed neq; omninò probat *Florentina*; nàm dato, quòd diversę partes fuissent, non ideò dicendum erat hoc fecisse difficultatem; quia & in *l. quia §. fin. eod.tit. de hæred. instit.* etiàm diversæ partes fuerant, & tamèn expeditissima definitio fuit, & vel ex ipsamet *Fabri.* Ratiocinatione non diversitatem partium, sed prædiorum fecisse difficultatem convincitur.

4 Cæterùm lectio illa hujus tex. quæ *pretium* retinet cum accentu tamèn circumflexo pro *pretiorum* si cætera satisfacerent, non adeò improbabilis foret, ut credit *Faber*; nàm tùm apud Poetas; tum Oratores similis locutio est, sincope adhibita. Certè *Seneca in epist.* 91. scribit: *Multa Deum indulgentia struxit* pro *Deorum*; Et vix est qui credat *Dion. Gothofredum*, *Lelium Taurellum* (ut alios omittam) ignotasse an *pretium* scribi posset pro *pretiorum*.

5 Præterea & illud adnotandum est, quòd quamvis partes à testatore constitutæ fundorum diversorum, & consequentèr diversam, & inæqualem æstimationem habentium: non ideò id quod Juris Consultus ait, *nec enim facilè* prorsùs impossibile cum *Fabro*, aut diffi-
6 cilissimum credendum erit, nam etsi fatear Juris Consultos aliquando, (quod & *Donellus ad tit.de pignoribus*, ubi *difficiliùs* illud *Papiniani in l.* 1. *D.de pign.* explicat, & *Duarenus*, & alij observant) difficilè pro nullo modo scripsisse, sed aliquando id fecisse, non semper; hinc in præsenti cum subiecta materia hujusmodi significationem non patiatur, & respuat illud quoque, quod sequitur, *Ergo expeditiùs est, quod Sabinus* scribit; nàm ostendit electam *Sabini* sententiam non uti prorsùs necessariam, sed uti expeditiorem; dicendum erit, quod difficilè dicitur, non impossibile censeri, sed difficilè.

7 Denique quod *Faber* jactat à se probatum *decade* 15. *de erroribus error.* 6. *&* 7. nempè clausulam illam (*si modo voluntas patris familiàs manifestissime non refragetur, a Triboniano, aut Interprete* suppositam *in §. si duo l. quoties* 9. *hoc tit. de hæred. instit.* minimè admit-

mittendum est; quoniam si, vel se Judice, præsumpta testatoris voluntas occasionem dubitandi præbuit *Paulo* in hac *l. si alterius* 10. cur non expressa, & quæ manifestissimè dignoscatur, efficiet, ut *Sabini* sententiæ locus non sit?

8 Nunc tandem Nostros audiamus, nam & si apud *Repetentes* exploratum sit post *Bartolum*, & *Baldum* hic, *Alexandrum*, & *Iasonem*, & similes in *l. si alterius* 10. *D. de hered. instit. tuendit* quod plures instituti ex diversis rebus
9 admittūtur æqualitèr, ac si instituti heredes omnes fuissent, id tamèn inter *Pragm.* nō sine disputatione transit, ut videre est apud *Grassum recep. sent. in §. institutio qu.* 20. & proindè assentiendum illis qui dicunt, quod si omnes in re certa, aut alter in re certa alter in quota hæreditatis fuissent instituti, non dato cohærede universali, videbuntur ipsi in tota hæreditate instituti. Secùs verò, si hæres universalis fuisset datus *Surdus cons.* 339. *num.* 25. *Molina de primogen. Hispan. lib.* 1. *cap.* 14. *Bellonus de Jure accrescendi cap.* 7. *num* .2. *Rota Romana* quæ sic decidit apud *Rubeum de testamentis cap.* 10. *num.* 526. & sequentibus id, quod sub *n.* 535. habere locum etiàm si testator instituendo in re certa, aut in quota, usus esset taxativa tantùm idem advertit; quoniam dum alius hæres universalis institutus non est; qui quotā, aut partem accipiat, totum habebunt; ut *Surdus decis.* 192. *num.* 10. eadem *Rota* pluries, & *Franc. Vivius, Caballus*, alijq; apud eumdem
10 *Rubeum* firmarunt; quod si testator instituisset Titium, & Sempronium, ex. gr. ex partibus, quas postea descriptūrum se dixit; deindè nō descripserit, censeri quoque universalitèr instituisse eos ex Regula *l.* 2. *de hæredibus instit. Pragmatici* unanimitèr admittunt, præunte *Gratiano discept. cap.* 120. *num.* 18.

11 Sed si vice versa testator legasset aliquibus nonnulla ex suis bonis particularibus, deindè adiecisset, & in reliquis omnibus exceptis supradictis, Titium instituo, quæri solet, an Titius, qui revera hæres universalis est, sit etiàm talis respectu bonorum jam legatorum, quibus exceptis instituere eum dixit testator, & utilitas quæstionis in eo consistet, quia si heres est etiam respectu exceptorū, ab illis falcidiā detrahere poterit, & eadē à manu sua legatarii accipere oportebit, non itèm si hæres non est. Et sunt qui negant institutum hæredem uti hæredem censendum respectu corporum legatorum cum *Cephalo cons.* 125. *nu.* 27. *lib.* 5. *Parisio cons.* 79. *num.* 21. *lib.* 2. & *Rota Romana* penès *Gratianum discept. cap.* 87. *num.* 2.

12 In contrariūm ex pluribus idem *Gratianus* disputat, quanquàm id, quod aiunt plerique scilicet quod verba *exceptis supra legatis* videntur potiùs posita à Notario inepto, quam de testatoris voluntate, non benè ad præsentem disputationem aptatur; nàm id de facili posset negari, & potiùs ex voluntate testatoris, quàm ex Notarij apposita præsumēdum contendi. Et quando hoc postremum concederetur, consequens foret, ut quando constaret à testatore verba prolata, tùnc hæres institutus non esset talis existimandus respectu legatorum, quod tamen falsum est; Etenim semper ea intentione prolata à testatore credendum erit, ut significent, cætera bona remansura perpetuò apud hæredem, exceptis legatis, quæ præstāda legatarijs vult, ut acutè *Oldradus cons.* 158. observavit.



CAPVT XVII.

Ad l. penultimam D. de collat. dotis.

SVMMARIVM.

1 *Sententia Bartoli.*
2 *Tex. in l. penult. D. de coll. dotis negativè legendus.*
3 *Quid Papinianus voluerit in hac lege.*
4 *Species tractata.*
5 *Reicitur Fabriana expositio.*
6 *Explicatur tradita assertio.*
7 *Respondetur Fabriana animadversioni.*
8 *Exponuntur verba illa textus, vindicantibus fratribus.*
9 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
10 *Verba enunciativa probant favore dotis.*

1 Quandoquidē de verbis conditionalibus, an, & quando conditionē importent, alibi à nobis scriptū est; in præsenti videndū dumtaxàt erit an rectè *Bartolus*, cæteriq; sententiam propriam, authoritate huius *l. penult. D. de dotis collat.* munIverint, & de ipsius legis Interpretatione.

2 Primò, ut de lectione aliquid dicamus, animadvertendum est, quòd quaquàm à Pandectis *Gothofredianis* absit negatio, legaturq; *fratribus res in dotem datas vindicantibus*, attamèn non eadem est lectio in vulgatis, in libris *Duareni*, & *Russardi*, & in reliquis in quibus omnibus, cum negatione legitur *res in dotem non datas*, ut etiam est in *Græcorum Basilicis lib.* 41. *tit.* 7. *cap.* 17. sicque frustatoriū remanet omne illud quod *Faber* scribit hic ad *nu. usque* 13. ut suadeat recipiendam esse lectionem illam, quæ in omnibus libris, aut cet-

certè in receptioribus, antiqua recepta est.

3 Secundò animadvertendum erit, quod cum *Papinianus* concludat in hac *l. penultima*, posse sororem res ultrà dotem sibi datas exceptionis ope adversùs fratres vindicantes, defendere, omninò illud consequens est, quod ait *Bartolus*, nempè censeri easdem res legatas à patre huic filiæ sub contraria conditione, quando cohæredem fratribus eam ascripsit, *si dotem, & cætera, quæ nubenti tradidit, contulisset*; Et sanè nisi huiusmodi sententiã admittas, vix est ut dici possit, quod *Papinianus* voluit, obstare exceptionem fratribus vindicantibus, quoniam res, de quibus agitur & si filiæ datas, in patris dominio remansisse ex eo constat, quod filia in familia retenta proponitur, quod & *Faber* hic pluriès fatetur, præcipuè sub *num. 6*.

4 Ergò in præsenti specie, dum sub hac conditione ponebatur scriptam fuisse filiam hæredem, *si dotem, & cæteras res contulerit*, ex hac eadem alteram subintelligit *Papinianus* nempè *si hæres non sit, easdem res non conferat sed sibi habeat*; hinc non malè dictum à *Bartolo* quod verba conditionalia possint aliqualem dispositionem continere, ut sanè cõtinent in proposita specie, adeò ut exceptionem filiæ prebeant adversùs fratres.

5 Rursùs quod credit *Faber* sub *n. 22.* conditionem illam (*si dotem, & cætera, quæ nubenti tradidit contulisset*) non tàm pro filia, quam contra filiam fuisse adiectam, falsum esse videtur, siquidèm, conditio hæc talis est, quæ secum institutionem afferat: undè favorabilis filiæ est quam citrà hanc conditionem pater nõ instituisset. Cæterum quicquid *Faber* obstrepet, filia quæ hæres esse noluit, & tamèn voluit legatum, in proposito plus iuris habitura est, quia pater dictam conditionem apposuit, quam si nihil dixisset.

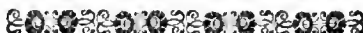
6 Verum enimvero assertio illa, quod ex verbis conditionalibus in prædictis dispositionem induxerit *Papinianus*, sano modo intelligenda est, nempè induxisse talem dispositionem, quæ non undequaque perfecta, & sollemnis sit ideoq; non aliud, quàm exceptionem paritura, Unde patet responsio ad

7 argumentum *Fabrianum nu. 18.* & cur *Papinianus* concesserit exceptionem filiæ, non potiùs denegaverit vindicationem fratribus; est enim Responsio, quod huiusmodi dispositio subintellecta non adeò efficax esse potuit ut legatum importaret, illudque vindicationis, quo recta via res ultrà dotem datas in dominium filiæ legatariæ transferent, & à fratribus vindicandi ius auferetur, operabitur, itaq; illa sed remissè, nã satis filiæ ut res illas per exceptionem sibi defendat, eritque hæc dispositio quædam fideicommissi speciès, aut legatũ quoddã ex eorum genere, quæ per sinendi modum relinquebantur, in quibus iubebatur ut hæres sineret legatarium, illam rem habere, ut *Ulpianus* explicat in *fragm. tit. 24*.

8 Nec tamèn illa verba *vindicantibus fratribus*, adeò rigorosè sunt accipienda, ut dominium rerum apud ipsos fratres ponamus; Cum multotiès extrà dominij tractatum, vindicare dicatur etiàm is, qui ius illud, quod habet, per actionem in rem petit, de quo in *l. 25. de act. & oblig. §. appellamus instit. de act.* & videre est in *l. Paulus 29. D. de pignoribus l. fideiussor §. Lucius D. de rebus dubijs*.

9 His adijciendum, quod cum enunciativa verba per modum conditionis prolata inducere exceptionem *Bartolus* dixerit ad hanc *l.* & in *l. ex hac scriptura col. 2. C. de collat.* statim *Repetentes* cæteri assentiere, & *Practici* eum *Alexandro cons. 108. vol. 1.* immò addidere passim, enunciativa verba probare inter partes cum *Gratiano discept. cap. 869. num. 32.* Et pro Regula habuere, favore dotis ea probare,

10 ut apud *Puteum decis. 409. num. 1. lib. 1.* & allios adductos à *Novario de miserab. person. privil. cap. 13. num. 7. & Genoa in tract. de verbis ennunciat. lib. 1. cap. 32. à num. 1.*



CAPVT XVIII.

Ad legem generalitèr 6. C. de instit. & substit.

SVMMARIVM.

1 *Sententia Fabri.*
2 *Verba textus.*
3 *Explicantur.*
4 *Fabri interrogatio vana.*
5 *Exponitur Iustiniani loentio.*
6 *Si ex Constitutione Iustinianea sumemus argumentum, illud faciet pro vulgata sententia.*
7 *De duplici conditione.*
8 *Conditio si liberis non susceperit, si testamentum non fecerit, sunt negativa.*
9 *Quid in l. penult. ff. de verb. signif.*
10 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
11 *Filij in conditione positi an & ipsi gravati.*

1 Conjectatur in præsenti capite *Faber* circa Constitutionem Iustinianeam in *l. generaliter, C. de instit. & subst.* & cum in principio Capitis plura invertat, tandè à *n. 8.* decisam à *Iustiniano* dicit quæstionẽ illam, an filii in conditione positi censeantur vocati

in

in utroque tamèn errare eum constabit si Imperialia verba attendamus, ait itaque Imperator, *Sancimus si quis ita verba sua composuerit, ut edicat, si filius, vel filia intestatus, vel intestata, vel sine liberis, vel sine testamento, vel sine nuptijs decesserit, & ipse, vel ipsa liberos susstulerit, sivè nuptias contraxerit, sivè testamentum fecerit, firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni eorum, vel restitutioni: Si enim nihil ex his fuerit subsecutum tùnc valere conditionem, & res secundùm verba testamenti restitui*, addit deindè *cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit, propter hujusmodi verborum angustias liberos ejus omni penè fructu paterno defraudari*. Rursùs idèm Imperator quotumdam cum sententiam retulisset, eam sibi non placuisse innuit. Et reaßumpto *Papiniani* sensu (cuius sententiam etiàm laudaverat, & receperat, aliquibus anteà mensibus in sua constitutione in *Lcum acutissimi*) statuit *humanitatis intuitu* id, quod admiserat *Papinianus* latiùs, & pinguius interpretādū, *ut si quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit usque ad modum statutum, & substitutioni eos subjugaverit, nulla liberorum eorum mentione facta, & hic intelligi evanescere substitutionem liberis eam excludentibus*.

3 In his verbis obſervādū erit, primò. Nequaquàm proponi, & per consequens nequaquam decidi, ut credit *Faber* hic quæstionem illam utrum filij in conditione positi censeantur vocati; sed ut apertissimè legitur, quęstio illa longè diversa, utrùm scil. siquis filio suo substituerit, si sine liberis, vel sine testamento decesserit, & hic cum liberis quidem; sed intestatus decedat, locus fit substituto; in hac autē Ratio dubitandi à verborum significatione desumebatur, nempè à disiunctivis illis particulis, *vel*, ex quibus videbatur, quod alterutro non existente, substitutum testator vocasset: at rationem decidendi sumpsit *Justinianus* à præsumpta testatorum voluntate, à pietate, & affectu erga liberos, & nepotes.

4 Hinc apparet quàm vana sit *Fabri* interrogatio illa à *num.* 16. dum petit, & qua Ratione fieri potuisset, ut antè *Justinianum* excluderentur à substituto in proposita specie filij, si per fideicommissum tacitum vocati censebantur in illis verbis conditionis *si sine liberis decesserit*; inanis certè; nàm responsio in promptu est, ideò substitutum exclusisse, ante *Iustinianum* filios, quoniàm ut tacito fideicommisso in eorum favorem facto locus esset, oportebat, ut nō solum prima, sed & secunda conditio verificaretur de testamento paterno, hinceanon verificata, non erāt admittendi, sed locus erat substituto, in cuius favorem videbatur verificata contraria conditio, eo, quod intestatus decesserat gravatus; Et hoc est, quod apertissimè exprimit *Justinianus* in citatis verbis: *Cui enim ferendus*, *&c.* in quibus nos turbare non debet, quanquàm id totiès inculcat *Faber*, quod paternos fructus vocet fideicommissum; nàm etiam si in *Tribeniane* proprietatem sermonis, & elegantiam disquirendam quis putet, rectè ità dixit, ut hac formula magis, ac magis ad pietatem nos alliciendo moveret, admonendo ex prima Juris Consultorum interpretatione privari filios, tum eo quod eorum pater habuit, & ea lege habuit, ut ipsis relinqueret, tū & omni fructu, idest omni bono, omni re, & bonis illis quæ ex Regula *l. scripte D. unde liberi l. 1. D. de bonis damnatorū, et l. nam & si 15. D. de inofficioso* ipsis filijs debebātur voto patris, & desiderio, non minùs, quàm Avi; Cæterùm quia per patrem Avus hoc beneficium, eis præstitit, & pater illis ab Avo meruit, rectissimè hoc beneficium, sive hæc bona, fructus paterni vocantur.

6 Observandum erit secundò, quod si ex hac constitutione argumentum aliquod ad propositam quæstionem, de liberis in conditione positis sumendum foret, illud pro ea sententia, quæ volt censeri vocatos militatet; nàm ex eo quod constituit *Justinianus* nepotes ad bona, quæ pater ab Avo habuit venire, non autem substitutum, etiàm in eo casu, quo intestatus filius, eorumque pater decesserit, facilè quis poterit deducere adeò magnifecisse *Justinianum* hoc tacitum fideicommissum in favorem filiorum in conditione positorum, ut illud expressu prævalere voluerit, eique alteram ex conditionibus condonarit, adeoq; filios in conditione positos efficacissimè, & dispositivè vocatos voluisse; hinc hac sua constitutione effecisse, ut distincta respectu gravati pro coniunctis acciperentur, & è contra, respectu filiorum coniuncta pro disiunctis valerent, & in hac formula *si sine liberis, & sine testamento decesserit*, filius admisisse, etiàm non verificata conditione de testamēto, idest patre eorum etiam intestatò mortuo; Et è contrà substitutum non admisisse, etiam si dictum foret, *si sine liberis, vel sine testamento decesserit, restituat filius meus hæreditatem Titio*. & putificata foret conditio, si sine testamento.

7 Verùm si quis conditioni illi, *si sine liberis decesserit* adijciat alteram hujusmodi, & si navis ex Asia non venerit; fateor non ideò liberos in conditiōne positos excludendos eo quod navis non venisset, neque ideò dici posse, quod *Faber* comminiscitur *num.* 16. in hoc casu liberos in conditione positos nequaquā videri vocatos; nàm quinimmò dicam, & pari fiducia, in hoc casu vocatos supponere *Justinia-*

stinianum, alioquin apud eum non esset quæstioni locus; sed si neutrũ dicere velis, idest ex hoc loco neq; probari vocatos, ut ego contendo, neque è contrà probari exclusos, ut credit *Faber*, sed illud constitutum ab Imperatore dumtaxàt, ne adjecta secundo loco conditio de navi ex Asia ventura, obstet filijs neve eos excludat; id tùnc non invitus concedam, cum & mihi concedetur, toto Cęlo errasse *Fabrum*, qui ab hac *Iustinianea* Constitutione decisam quæstionem jactat.

8 His, quæ diximus duo insuper restant addenda. Horum unum erit, quòd hæ conditiones *si testamentum non fecerit*, *si liberos non susceperit*, negativę sunt, ut quisque vel stupidus intelligit, non affirmativę, ut scribit *Faber nu.* 37. nam sic explicantur, si liberos non genuerit, aut nuptias nun contraxerit, si testamentũ non fecerit, & ideò rectè scriptũ est particulam, vel, disiũctivam, pro coniunctiva accipi liberorum favore & saoè quanquã particulã *vel*, resolvendã volebant in particulam *aut* quidam Juris Consultorum, qui ideò admittendum censebant substitutum, quoniàm testator vocavit illum *si filius sine liberis*, *aut sine testamento* decesserit, ideòque alterutra ex duabus cõditionibus verificata; attamẽ sanxit *Iustinianus*, nequaquàm id admittendum, resolvendamque particulam *vel* disiuoctivam, io coniunctivã *neque*, & nõ alitèt substitutus admittendus, quam si neque filios, neq testamentum reliquisset hæres institutus. Cæterùm disiunctivam accipi qoandoq; pro coniunctiva, ad extraneum excludendum, ostendit *Julianus in l. si is, qui ducenta* 13. §. *ult. D. de rebus dubijs*, quem locum nequaquàm fuisse à *Triboniano* corruptum demonstravimus *cap.* 17. *lib.* 11.

9 Alterum quod addendum, est observatio ad *l. penult. C. de verborum signif.* in hac eadem materia de coniunctis, & disiũctis. Nam in ea *lege* accepit *Tribon.* disiuncta pro coniunctis, & ut id novum non esse probaret, adduxit exemplum interdicti, *quod vi*, *aut clam.* & quamvis *Faber* hoc repræhendat *num.* 4. inspiciendum erit, quod non sic *Tribonianus* loquatur, ut dicat absolutè, & semper in *interdicto*, *quod vi*, *aut clam* disiunctivam *aut* pro coniunctiva & positam esse; Sed ut exemplo constitutiooem firmaret, meminoit huius edicti, in quo quandoque huiusmodi interpretatio admissa noscitur ab *Vlpiano in l. is*, *qui in Puteum* 11. §. *interdictum D. quod vi*, *aut clam*, quod ei satis visum, ut exemplo interdicti uti potuisset, sed sed siquis alia velit ad dictam *l. penult. C. de verborum*, petat ab eruditissimis comment. *Emundi Merillij ad* 50. *decis. Juslin. cap.* 39.

10 Attamen ex adducta *l. generalitèr 6. C. de instit. & subStit. Repetentes*, & *Pragmatici* desumunt in favorem hæredum, sive eorumdem filiorum, disiunctivam inter plures conditiones appositam pro coniunctiva accipiendam esse, adeòut gravato decedente cum filijs, non alitèr substitutus admittatur, quàm si conditiones omnes & si disiunctim adiectæ, coniunctim fuerint verificatæ, ut latiùs *Bartolus*, *Baldus*, *Salicetus*, *Jason*, & alij scripsère. Et *Neoterici* quoque cum *Bellono* 3. *supput. cap.* 19. *Corasio* 1. *Miscellan. cap.* 6. itemque admisère *Pragmatici cum Cornazzano decis.* 62. *num.* 1.

Verùm in famigerata quæstiooe de filijs in conditione positis, an scil. dispositivè censeâtur vocati, placuit Nostris, postquàm plura de ea scripsère *Mantica de coniect. lib.* 11. *tit.* 2. *num.* 19. *Trentacinquius de substit. par.* 4. *cap.* 11. *num.* 23. & alij, cum quibus *Fusarius quæst.* 437. *num.* 6. placuit, inquàm, Regulam negativam quidèm statuere, & non censeri dispositive vocatos dicere; sed posteà eamdem Regulam allatis quibusdam conjecturis limitare, & ferè destruere: has autem conjecturas novissimè recensère *Reg. Capicius Latro in sua decis. prima*, & ibi *Gizzius*, & *Cons. Hodierna ad Surdum decis.* 162.

11 Maxima tamèn, omnibusque probata, conjectura illa est, *si liberi*, *qui in conditione positi proponuntur*, *fuissent quoque gravati*, vel in eadem oratione dicendo *instituo Titium*, & *si sine liberis decesserit*, *vel ipsius liberi sine liberis*, vel alia testamẽti parte, nàm in hoc casu tanquàm dispositivè vocati à testatore censendi sunt, ut post alios firmat *Illustriss. Noster V. Canc. Crespi à Valdaura in sua observat.* 21. *à num.* 18.



CAPVT XIX.

Ad tex. in l. Lucius 85. D. de hæred. instit.

SVMMARIVM.

1 *Quid Interpretes ex hoc tex. in l. Lucius.*
2 *Species proposita.*
3 *Fabri oppositio.*
4 *Refellitur.*
5 *Altera oppositio* Fabriana.
6 *Respondetur.*
7 *Tertia oppositio.*
8 *Refellitur.*
9 *Quarta oppositio.*
10 *Respondetur.*
11 Faber *existimat liberos successuros ab intestato.*

12 *Pror-*

12 *Prorsùs malè.*
13 *Quid Repetentes, & eruditiores circa coniun-ēta, & disiuncta.*
14 *Quid Nostri in quæstione de filijs in conditione positis.*
15 *Quid Neoterici in eadem.*

1 EX *l. Lucius* 85. *D. de hæred. instit.* duo de-
ducunt meliores *Interpretes*. Primum,
quod quandoque etiam ab ipsis Iuris Consul-
tis, disiuncta pro coniunctis fuerint acce-
pta. Secundum apud eosdem plerumque
liberos in conditione positos, si aliud non
obstet, censeri vocatos. *Faber* neutrum pos-
se ex citato Responso probari contendit. vi-
deamus, an rectè.

2 Species quam in textu proponit *Sce-
vola* hæc est *Lucius Titius frater meus ex
asse mihi hæres esto, si mihi Titius hæres esse
noluerit, aut (quod abominor) priùs morietur,
quàm hæreditatem meam adierit, aut filium, fi-
liamve ex se natum, natamve non habebit, tùnc
Stichus, & Pamphilus servi mei liberi, & hæ-
redes mihi æquis partibus sunto*. Et *Faber* ob-
3 servat primò duplicem in ea disiunctionem,
priorem scil. in illis verbis *aut priùs morere-
tur*, posteriorem in illis *aut filium, filiamve ex
se natum, natumve non habebit*, hinc sub *nu*. 3.
ait non dubitare se, quin si Titius hæres esse
noluisset, suamque in eam rem voluntatem
expressa repudiatione declarasset, admitten-
di fuissent substituti, licèt Titius antè aditam
hæreditatem mortuus, superstites liberos reli-
quisset.

4 Sed adversùs hæc, pro *Interpretum* senten-
tia facit, quòd revera unica dumtaxàt disiun-
ctio in citatis verbis observatur eaque
est inter primam conditionem *si hæres non
erit*, & secundam *si liberos non habuerit*: ete-
nim prima illa particula *aut* non disiungit
conditiones in substitutione appositas, nam
alioquin tres essent, non duæ; sed casus di-
siungendo, in quibus posset prior conditio
verificari, eos in eadem dispositione coniun-
git, facitque eundem sensum, ac si scriptum
foret, *si hæres non erit, sive quia noluerit,
sivè quia non potuerit, aut liberos non
reliquerit*. Hinc si pater repudiaverit non
substituto, ut credit *Faber*, sed liberis, locus
erit, in quorum favorem conditiones disiun-
ctæ coniunguntur, ac si scriptum esset: *Si hæ-
res non erit, & liberos non habuerit*; & ratio
apertissimè à Juris Consulto expressa est in
postremis verbis illis: *nam prudens consilium
testantis non fratrem solùm prætulit substitu-
tis, sed & eius liberos*, quàm postremam clau-
sulam si quis volet restringere ad solum ca-
sum in antecedentibus verbis expressum,
priùs quam adiret hæreditatem decesserit, Is
malè, meo judicio, faciet; nàm eadem prorsùs
ratio est, si repudiata hæreditate decesserit,
cum uterque casus unam illam, vulgaremque
conditionem efficiant, si hæres non erit.

5 Secundum *Fabri* argumentum hoc est *nu*.
10. si apud *Scevolam* in hac *l. Lucius* filij in
conditione positi vocati censendi forent,
utique per fideicommissum fuerit vocati;
atqui hæc lex non agit, nisi de institutioni-
bus directis, ut & titulus sub quo posita; ergo.
6 Respondetur hujusmodi argumentationem
fallacissimam esse, assumit enim id, quod in
quæstione est, quinimmò quod negamus,
nempè illud, quod sub hoc tit. & in hac lege
(saltèm incidentèr) de fideicommissaria sub-
stitutione non tractetur; quando tractari de
ea videmus, & non tantū in præsenti Consti-
tutione, de qua agimus, sed etiam in *l. quidam*
46. & alibi, & si aliàs non novum in juris li-
bris, ut propter cognationem materiarum
quædam adducantur quę ad alium tractatum
pertineant, ut expressè protestatus est se fe-
cisse *Tribon in epist. de confirm. Digestorum*.

7 Tertiò *Faber* ut receptum argumentum
illud confundat, quod desumunt ex verbo
prætulit positum inter duo determinabilia
Titiū, & *filios*, quod ambo uniformiter deter-
minare deberet, *ait nu* 12. ex illo sequi, libe-
ros patri suo cohæredes datos; nam ità uni-
formitèr determinabit. Verum replicari *Fa-
bro*, poterit quod verbum *prætulit*, uniformi-
tèr quidem determinat ambo determinabi-
lia, sed respectu substitutorum, nàm tùm Ti-
tium, tùm filios, facit ut illis præferantur, & in
hoc, non in alio uniformitas esse debuit; hinc
non ideò substitutis liberi non præponendi,
quia non patri cohæredes scripti, & è contrà,
non ideò scripti cohæredes, quia præferendi
substitutis; possunt enim præterri, & si non
instituti scripti quoque fuerint.

8 Sed illud potissimum tenendum est, ne an-
sam præbeamus, ut præbuère quidam *Inter-
pretes Fabro* calumniandi sub *num*. 30. tùnc
defendi posse censeri per fideicommissum vo-
catos in conditione positos filios, cum pater
eorum adierit; non autem in eo casu, quo re-
pudiasse, aut prædecessisse proponeretur, tùnc
enim alitèr dicendum fore contendendum.

9 Quartò sub *num*. 16. opponit *Faber* scri-
bens, eodem modo, quo filios in conditione
positos ob id, quod excludunt substitutum
dicimus fuisse à testatore substitutis prçlatos,
dici etiam posse, & navim prælatam, cum
conditio illa adijcitur *si navis ex Asia non
10 venerit*. Acutè, si Dijs placet. Primò, quia
subtilior *Scevola*, *Faber* videri vult, cuius (&
non Interpretum) illa propositio est *prudens
testator voluit tùm fratrem, tùm & filios subsi-
tutis præferre*. Secundò, quia credit eamdem
esse testatoris voluntatem, quæ potissimùm
in fideicommissis operatur, erga liberos hæ-

redis sui, ac foret erga navim, si hanc in cōditione poneret, nā liberos ideo ponit quoniàm vult hæredes esse quoniàm vult eos præferri, ut *Scevola* apertis verbis testatur: atqui navim, aut similem conditionem ponit, ideò ponit quoniam non vult sibi illum, quem substituerat succedere nisi in aliquo certo casu.

11 Ulteriùs videamus quid est, quod *Faber* sibi velit, & quomodo in specie proposita nepotes ad succedendum admittat, & ecce sub *num.* 18. *& seq.* succedere eos ab intestato contendit. O ingeniosa sententia! discutiamus eam quæso.

12 Et primò quamvis pleríque ex melioribus *Interpretibus* (sunt enim nonnulli, qui reclament) tùnc admittant liberos in conditione positos tanquàm dispositivè vocatos, cum hi ex descendentibus testatoris sunt, ut testatur *Mantica de coniect. lib.* 11. *tit.* 2. *in fine Rusticus lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 10. *Fachin. controvers. cap.* 51. *lib.* 4. & cum aliæ, quanquàm leves urgeant coniecturæ, ut videre est apud eundem *Manticam d. lib.* 11. *tit.* 3. *Sforza Oddum conf.* 66. *nu.* 25. *Clarum in* §. *testamentum q.* 75. & alios apud *Grassum in* §. *fideicomm. q.* 13. atque ità liberos illos admittant, ut vocatos, quos posse ab intestato succedere constat; non ideò tamèn dicendum erit ab intestato succedere huiusmodi liberos, & in specie quidèm huius *l. Lucius*, quod *Faber* existimat, & Ratio est, nàm si dicamus ab intestato succedere quoniàm restator prælatos substitutis voluit nobis metipsis adversamur, & in successione intestati hominis dirigenda, voluntatem eiusdem testantis exquirimus, quod & facit *Faber* qui cogitur se distorquere à *num.* 22. modò admittendo liberos veluti vocatos, modò negando tales censèndos esse, & semper se illudès, nam vel nolès, dum totiès fatetur ex testatoris voluntate hos liberos admittendos, testatoris voluntatem tuendam, cum hæc voluntas testamenti verbis sit expressa, fatetur quoq; per fideicommissum eos admittēdos esse. illud quoque ait malè quod in concursu causæ testati, & causæ intestati, iudicat causam intestati præferendam, idve ex voluntate testatoris, quasi hic ideò testamentum fecisset, substitutiones etiàm plures adiecisset, ut tandèm intestatus decederet, & ab intestato eius successio ad Vocatos perveniret, unde ineptè *Scevola* hic de testatoris consilio, & perfunctoriè de ipsius voluntate erga nepotes reminisceretur, laudaret etiàm; quando nepotes ab intestato, & ex sola legis providentia, quæ eos vocabat erant successuri.

13 Sed cum à principio monuerimus hoc responso in *l. Lucius* 85. *D. de hared. instit.* uti sæpiùs Nostros tum ad probandum J. Consultos quandoque disiuncta pro coniunctis accepisse, tum etiam ad quæstionē illā de filijs in conditione positis dilucidandam; testat, ut & nunc adijciamus quod etiē primū passim invenietur non solum vulgares *Repetentes* disiuncta sæpè in jure pro coniunctis accepisse, sed qui eruditiores sunt, post *Forcatulum Necioman. Dial.* 50. *num.* 3. *Corasium* 2. *Miscellan. cap.* 19. *num.* 8. *Gribaldum declar. cap.* 8. & similes. Hinc passim in foro receptum ex *Boerio decis.* 158. *par.* 1. *Cephalo conf.* 194. *num.* 1. *Soccino conf.* 14. *vol.* 1. *Nonio conf.* 31. & aliis apud *Alphanum in repertatis num.* 845.

14 Circa alterum verò varij sunt *Repetentes*, & varij etiam *Tractantes* & *Pragmatici*, ut plurimum tamen, eatenus post *Glossam*, & *Bartolum* ad hanc legem, admittunt filios in conditione positos vocatos censeri, quatenus ad hoc afferēdū dueātur per certas aliquas cōjecturas; hioc tot trieç, & quęstiones apud Nostros in disquirendis hujusmodi coniectutis, ut videre est apud *Capic. Latr. & Hodiernam* adductos. Sed nec apud *Neotericos* melius feres habuit quoniam & ipsi sciffi in partes, & pro sententia negante censeri vocatos filios habent *Cujacium ad hanc l. Lucius* 85. *& ad l. Gallus* §. *in omnibus de lib. & post. & consult.* 35. *Duarenum ad tit. Digestorum de cond. instit. cap.* 5. *P. Gregorium lib.* 42. *Syntagm. cap.* 28. *num.* 29. *Donellum ad l.* 1. *C. de pactis num.* 9. *Arumæum exercit.* 9. *thesi* 9. *Forsterium de success. ab intest. lib.* 4. *cap.* 1. *num.* 19.

In contrarium vero pro affirmante sententia habent *Corasium* 2. *Miscellan. cap.* 19. *Gedceum ad l. non est sine liberis* 148. *num.* 5. *de verborum significatione*, *Forcatulum Necioman. Dial.* 50. *Fachin.* 4. *contr. cap.* 51. *Bocerum classe* 5. *disp.* 7. *thesi* 33. *Chiffletium de jure fideicomm. lib.* 2. *cap.* 14. Cæterùm si quis velit Autorum, & Rationum etiàm momenta in unum collecta, adeat *Harprecttum*, *& Goveanum ad Julium Clarum in* §. *testam. qu.* 77.



CAPVT XX.

Ad §. ex facto l. ex facto 17. D. ad Trebellianum.

SVMMARIVM.

1 *Faber sibi adversarius.*
2 *Refellitur ipsius sententia.*
3 *Retinenda clausula maxime, &c.*
4 *Dissolvitur prima objectio.*
5 *Item secunda objectio.*

6 Item

6 *Item tertia.*
7 *Item quarta.*
8 *Item quinta.*
9 *Quid Repetentes.*
10 *Quid Pragmatici.*

1 QUi viderit *Fabrum* in præcedenti capite concessisse filios in conditione positos, ex testatoris saltèm voluntate admittendos ab intestato, præferendosq; etiàm substitutis, statim nunc mirabitur qua fronte hic in specie *l. ex facto* 17. §. *ex facto D. ad Trebell.* ausus sit asserere, liberos in conditione positos semper excludendos esse, & eo casu, quo concepti ante deportationem fuerint, excludere quidèm substitutum: at à fisco viceversa excludi, in eiusque favorem eos militare.

2 Verùm enimverò cum certum sit deportatum haberi pro mortuo, ut in juribus vulgatis, ideoque & locum quæstioni esse, & substitutum hæreditatem prætendere; dum ille concedit à filijs antè deportationem conceptis, substitutum excludi: oportet per consequens, ut omnino concedat, filios eo quod faciunt conditionem deficere, admittendos esse; nàm & si fiscus bona occupasset, utique eum sua causa occupasset, idest utique deberet ea restituere hujusmodi filijs, qui ideò prodesse dicuntur, non quia fisco prosunt, ut perperàm interpretatur *Faber*; sed quia causæ prosunt, & prosunt sibi ipsis, & prosunt testamentariæ successioni, ut latiùs de hac re diximus in *Suspicionum Libris* à quibus, qui ad hanc rem plura velit oportet, ut transferat.

3 Insuper quia clausula illa *maximè*, &c. aptissimum habet sensum, pertinetque ad ea, quæ suprà sunt dicta, sive *Triboniani* sit, ut
4 somniat *Faber*, sive Juris Consulti retineoda est; nam & quod primo objicit de transitu à singulari numero ad plurale, jàm alibi à nobis, & ante nos, à viris doctissimis confutatum extitit, qui id in pluribus locis familiare Iu-
5 tis Consultis observarunt; quod objicit secundò de particula *quodammodò* nemo non ridebit, qui sciat quod etiàm lippis, & tonsoribus notum, explicandi gratia non ad imperfectionem denotandam poni illā plerumque.

6 Quod autem tertiò objicit, nempè quod ex eo quod in proposita specie matrimoniū durat etiàm post deportationem, si affectio maritalis perseveret, descendat, ut & filij quoque post deportationem concepti possint facere ut cōditio, si sine liberis deficiat id plus coloris habet quam firmitatis; etenim matrimoniū illud, quod durat cū deportato non inter eosdem, sed inter diversas personas, durare censetur, quoniàm deportatus alius homo est; non ille primus Civis Romanus, cujus liberi fuerant in conditione positi; & proindè ad rem non pertinent, de qua agimus.

7 Quarta objectio, quòd verba naturalitèr sint accipienda neque obstat; nàm id non admittendum, cum ea ità accepta voluntati testatoris proferentis adversarentur. Unde in specie *l. qui heredi* 44. *D. de cond. & dem.* ideò conditio dandi servo, in personam ipsius servi implenda est; quoniàm voluit testator illi prorsùs daodum, ut illi ità consuleret, aut gratum faceret, argumento *l.* 3. §. *hoc D. de legatis præstandis*, nècparum iuvat servū hæc voluntas testatoris (quamvis uteunque Domino sit acquisiturus) dum primò nummos accipiens, forsàn illos in peculium habebit, forsan & illis poterit se redimere ad *l.* 4. §. 1. *D. de manum.* Secundò potest liber fieri antequā accipiat, & libet inveniri cū cōditioni paretur, & tūc sibi acquiret *l.* 5. §. *fin. l. cū legato* 17. *D. quando dies legati cedat.* Et uteumq; prodestit servo accepisse, & per eius manus ad Dominū pervenisse acceptū, ad captādam benevolentiam eiusdem Domini; hinc in his casibus verba accipiuntur naturalitèr, nam voluntas testatoris satis per verba expressa, idipsum exposcit: at quotiès voluntas testatoris non assistit, sed quinimmò resistit, oportet ut alitèr dicamus, nec naturalitèr ut sonant verba accipiamus, ut diximus, & sanè quis dubitet prudentis patrisfamilias consilium sic exponendum, ut iuvaret liberos à Cive Romano non verò à deportato suscipiendos voluerit.

8 Denique ad quintam objectionem, quòd dùm naturales filii faciunt deficere conditionem, multò magis id facient filii ex matrimonio, & si post deportationem concepti; duplex responsio dari poterit. Prima quod nequaquàm absolutè verum, quòd naturales faciant deficere conditionem, siquidem nisi vehementissimè urgeant coniecturæ ex voluntate testatoris, vel ex persona gravati, id non admissū, ut *Cujacius* 5. *obser. c.* 6. *Fachin.* 4. *contr. cap* 60. *Osualdus ad Donellum lib.* 8. *cap.* 33. *lit. S.* & alii apud *Fusarium quæst.* 406. concludunt, dicentes apud *Papinianum*, & *Vlpianum* in hac *l. ex facto* § *si quis*, ideò illud admissum, quia tractabatur de libertis, ex quibus filij omnes naturales futuri erant, dum non inter eos matrimonium, sed contubernium *l. uxorem* §. *Codicillis*, & §. *Concubina D. de leg.* 3. quod & observaverat rectè *Alciatus* 6. *Parergon. cap.* 16. unde quæstio facti, an naturalis filius faciat deficere conditionem, & ex coniecturis decidenda, non absolutates est.

Secunda respōsio negat, quod naturales filii eiusdē hominis filii sint, licèt non legitimi, siquidem, qui post deportationem sunt concepti, alterius hominis sunt, ut totiès inculcavimus.

9 Sed

9 Sed hæc ego. si quis cætera volet, petat à doctissimo *Amaya observationum primo cap.* 12. de reliquo *Alexander*, post *Bartolum* desumit ex hac *l.* de qua agimus filios conceptos post deportationem, conditionem fideicommisso adiectam non tollere, cum tamen tollerent, si ante deportatio-
10 nem concepti fuissent, quod & affimant qui in foro versantur cum *Decio cons.* 393. *par.* 3. *Ozascho Cacherano decis.* 108. *nu.* 5. quanquam adversus hoc nonnulli disputent penes *Cevallos commun. contra commun. quæst.* 164.

Finis Libri Decimiseptimi.



D. HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER DECIMUS OCTAVUS.



CAPUT. I.

De Interpret. Marcelli notæ ad Iul. in l. quamvis 8. §. si mater D. ad Trebell.

SUMMARIUM.

1 *Verba textus.*
2 *Fabri conjectura.*
3 *Explicatur textus species.*
4 *Reijcitur Fabri conjectura.*
5 *Respondetur objectioni.*
6 *Ratio qua Marcellus movebatur.*
7 *Asseritur textus Juris Consultis, & vindicatur à calumnia Tribonianus.*
8 *Altera Fabri objectio reijcitur.*
9 *Item & altera.*
10 *Item & altera.*
11 *Quid Repetente:.*
12 *Pragmaticorum disceptatio.*
13 *Quid dicendum in ea quæstione de qua Recentiores, cum mulier se insolidum cum viro obligat.*

DUM erraße insignitèr *Tribonianum* in interpretanda, & interpolanda *Marcelli* nota ad *Julianum* in *l. quamvis* 8. §. *mulier D. ad Vellejanum* contendit in hoc capite *Faber*, plures ipse ut solet admittit errores, quorum nos insigniores detegemus.

1 In §. *si mulier d. l. 8.* scribit *Vlpianus si mulier apud primum pro secundo intervenerit, mox pro primo apud creditorem ejus, duas intercessiones factas Julianus lib. 12. Digestorum scribit, unam pro secundo apud primum, aliam pro primo apud creditorem ejus, & ideò, & primo restitui obligationem adversùs eum. Marcellus autèm notat esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur, & onus debitoris à quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an verò quasi debitrix delegetur scil. ut si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio.* Et

2 adversùs hęc *Faber* opponit primũ, quod vera esse nò possit adducta interpretatio ad *Marcelli* notam, *scil. ut si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio*: & tamèn cum ipsemet *Faber* fateatur *Marcellum* in eo repræhendisse *Julianum*, quòd indistinctè fuerat loquutus; ideòque distinxisse casum, in quo foret una intercessio ab eo, in quo duplex, is ipse veram

veram esse interpretationem fatetur, nam re vera ille casus, in quo mulier delegata fuit, est casus unius intercessionis; & dum scribit sub *num.* 2. quod si hoc actum proponeretur, ut ab initio mulier in primi locum succederet, & susciperet in se onus debitoris: posset concedi quod dicitur; aliaque adiiciat *num.* 4. iàm apertissimè sibimetipsi adversari dignoscitur.

3 Sed ut res meliùs percipiatur, advertendum erit, quòd *Marcellus* non admisit indistinctè id quod *Julianus* dixerat de duabus restitutionibus in eo casu, in quo mulier quasi debitrix à primo delegata fuisset, nam credidit unicam esse intercessionem, ea nimirùm ratione; quoniàm mulier tùne tantummodò intercedit cum pro secundo apud primum debitricem se constituit, & cum posteà ab hoc primo, creditori suo delegatur, iterū ut noviter pro primo apud creditorem intercedat opus non est, cum possit iure suo primus uti, & iure communi, quo licet creditoribus, debitorum suorum nomina delegare, vendere, pignorare, &c. & sufficit quod ei semèl debitricem se constituerit mulier; Sed si ab initio, cum sciret mulier futurum, ut à primo creditori suo delegaretur, pro secundo apud ipsum primum se debitricem, ideò constituit, ut pro primo apud creditorem interveniret, non idem dicendum est, nàm hic duplex erit intercessio, quod *Marcellus* apertè ait in illis verbis, *utrum hoc agatur ut ab initio mulier, &c.* quæ significant, mulierem, & pro secundo apud primum, & pro primo apud debitorem intercedere voluisse, & tàm unius, quàm alterius obligationem in se suscipere; sed cum hæc *Marcellus*; *Vlpianus* tamen subijcit. *Proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione, ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei Sen. Consulti Marcellus non daret; sed condemnata, vel antè condemnationem condicere utique ei à quo delegata est, poterit, vel quod ei abest, vel si nondum abest liberationem*, atque ità *Vlp.* qui *Marcellum* interpretatur; & tamē interpretatio hæc non placet *Fabro*, ideòque *Tribonianeam* esse clamat. Monetur primò, quoniàm, ut scribit *num.* 11. etiàm secundum sententiam *Juliani*, qui duplicem esse intercessionem dicebat, non sequitur duplicem ideò exceptionem competere, nā delegationis vi, adeò primus contractus, prima ve obligatio novata fuit, ut altera non superfit *l. si quis absente* 22. *D. de novat. l.* 2. *§. ult. & passim Cod. eodem.*

4 Verùm enimverò ex hujusmodi ratione, & similibus à *Fabro* congestis, non aliud evincitur, quam quod malè *Julianus* duplicem exceptionem indistinctè concesserit; nempè unam adversùs creditorem, cui delegata ut ab eo mulier Senatus Consulti beneficio liberationem consequatur, & creditori pristina actio adversùs primum restituatur; alterā adversùs primum, qua deindè mulier, ab intercessione apud illum pro secundo facta liberetur, & primus adversùs secundum suam actionem recuperet. Verùm hoc ipsum probabit rectè *Marcellum* id non admisisse intuitus delegationis vim, & potestatem, & notasse *Julianum*, distinguendo quod ille indistinctè concesserat.

5 Neq; dicas existimasse quidem *Julianum*, quod duplex intercessio interveniebat, at nō ideò duplicem exceptionem præstitisse; nam contrà reclamabunt verba illa: *ideò primò restitui obligationem, & adversùs eum*, reclamabit & *Faber*, qui fassus est *num.* 5. non ob aliud quæri, unica, an verò duplex intercessio fuerit, quam ut videatur. an una restitutio, an duplex facienda foret: unde vel ex *Fabriana* ratiocinatione sequitur, quod qui duplicem intercessionem admittit, is & duplicem restitutionem concedit.

Quòd si quæras quomodo Juris Consultus alioquin doctissimus potuit in hunc errorem impingere? quamquam sufficeret, si responderemus impegisse in hunc errorem, eum *Marcellum* notasse, nec aliud quærendum; attamèn dicimus ideò impegisse quoniam nimis generalitèr rem voluit definire, nec ad eā speciem advertit, quæ peculiarem definitionem exposcebat. Et hoc esse affirmamus quod *Marcellus* repræhendit proposita distinctione, unde rectè *Vlpianus* posteà adnotavit *in prima visione, idest in eo casu, quo quasi debitrix delegata sit mulier exceptionem ei Sen. Conf. Marcellus non daret*, hoc est, non permitteret mulieri ut Senatus Consulti *Vellejani* ope se adversùs creditorem tueretur, atque ità pristina illi obligatio, quæ jàm sublata fuerat, restitueretur. (Cum tamèn hoc *Julianus* admisisset.)

6 Ratio autem cur non daret exceptionem *Marcellus* illa est, quā à principio proposuimus, nempè quod quoties mulier non ideò ab initio apud primum pro secundo intervenit, ut delegaretur, sed cum intervenisset delegata fuit, ut debitrix (idest ut cæteri debitores delegari solent) nulla intercessio intervenit apud creditorem pro primo, quamvis à primo illi mulier delegetur, & ideò iure communi non nova intercessione primus nititur; Undè apertè patet *Fabrum*, qui etiam in hoc casu, intercessionē intervenire, eamq; duplicem esse, unam apud primum, alteram apud creditorem, adversùs *Marcellum* peccare, eique se opponere, & pro *Juliano* stare; quādo *Juliani* sententia reiecta est, cum deindè in eo quod & si duplex sit intercessio, unica restitutio sit facienda, stet ab opposito pro *Mar-*

Marcello adversùs *Iulianum*, & ità utramque sententiam pervertat, utrumque offendat Iu-
7 ris Consultum. Cæterùm vel ex eo quod in hac textus clausula *proinde*, *&c.* denegatur mulieri exceptio, apparet locum intactum à *Triboniano* relictum; nam alioquin mulierum fautor *Tribonianus* ut vel *Faber* ipse fatetur *nu.* 15. utique eam concessisset. Sanè si verum quod *Triboniano*, *Marcelli* nota, ut mulieribus damnosa non probabatur, aut si illam non intelligebat, de facilè eam detrahere à *Iuliani* Responso potuisset, & si interpolare volebat poterat quoque prolibito *Iulianum* accomodare, nèc interserere notam *Marcelli*. Et denique cum in dicta clausula denegetur mulieri exceptio, & permittatur ipsius condemnatio mero iure; potuisset ut solet neglexisse *Tribonianus*, hoc ipsum, & resecasse.

8 Sed obiicit *Faber*, quod mulieri damnosum hoc sit, quod condemnari debeat, & possic in creditoris beneficium, acutè, si Dijs placet, sed peto, quare non condemnanda erat? Respondet, quoniàm intercessit pro primo apud creditorem, cum se delegari passa est; at replicabo nos eum casum tractare, in quo non intercessit, nàm non ex eo tantum quod delegata fuit, intercessit, alioquin omnes creditores, qui delegantur, ex principalibus debitoribus, fierent intercessores, quod falsum est, & alioquin *Marcellus* frustra distinxisset, an mulier, uti debitrix delegata sit, an verò ab initio id actum fuit, ut delegaretur; quod si causaberis non esse *Marcelli* distinctionem; sed *Triboniani*: Respondebo: Ergò nec *Marcellus Iulianum* notavit, nam non aliomodo notare eum potuit, quàm dictam adhibendo distinctionem: lusit ergò nobiscum *Tribonianus*, & finxit *Marcellum Iulianum* notasse: quando ipse notavit: deindè *Iulianum* defendit, & notam suam subvertit.

9 Urget *Faber*, aitque sub *num.* 17. ineptè dicitur, quod mulier possit cōdicere à primo; nā ità dicitur posse condicere ab eo, à quo liberata fuit; acuta planè ratiocinatio, si liberatio illa, quæ ex delegatione contingit, non aliam obligationem pareret, eamque adeò strictam, ut ex ea condemnata, aut condemnanda sit mulier: unde cum hoc eveniet, quid aliud restat, quàm mulieri condictionem præstare, ut se iuvet, quando exceptione iuvari adversùs creditorem nequit, quoniàm non apud eum pro primo intercessit, ut totiès inculcavimus. Nèc novum quod condictio in huiusmodi casibus mulieribus à Iuris Consultis concedatur, ut videre est in hac *l. quamvis §. interdùm*, itemque in *l. si quis* 12. *§. interdùm D. de novationibus*, & similibus.

Neque dictis obstare potest textus in *l. doli exceptio* 19. *D. de novat.* quo abutitur *Faber* quippè pertinet textus ille ad alterum distinctionis membrum; nempè ad eum casum, in quo mulier etiam apud creditorem intercessit, & de hoc casu *Paulus* loquitur, ità evenisse expresè supponens.

10 Ulteriùs quod opponit *Faber n.* 14. adversùs illam clausulam (*in prima visione*) levissimum est, nam vocat visionem I. Conf. quæstionem, de qua mox dixerat, hoc autem verbum visio usitatum est, ut dicemus in sequenti, quanquàm vulgata editio *fidejussione* habeat, undè pluribus non insistimus.

11 Sed deveniendo ad vulgares *Interpretes* invenimus eos ad hanc *l. quamvis* 8. *§. si mulier D. ad Vellejan.* idipsum velle quod *Bartolus*, *&* *Baldus* docuère. At *Pragmatici* licet parum solliciti de modo, illud pro certo habent, quod mulieri succurrendum sit in propositis casibus, & hoc ampliant à fidejussione, & obligatione pro alio, ad constitutum; nàm si mulier constituerit se soluturam quod vir promisit, aut debet, adhùc beneficio Sen. Consulti juvandam affirmant cum *Gratiano discept. cap.* 669. *num.* 13.

12 Et quoniàm constat, quod si quid pro se obliganda mulier accepisset, aut aliquid lucri sensisset, unde fuit inducta ad intercedendum, aut in se alienam transferendum obligationem, beneficio Senatus uti nequit juxta Regulam *l. antiqua* 23. *C. ad Vellejanum*, de qua *Menochius præsumpt.* 21. *lib.* 3. & post multos *Velascus consil.* 18. *num.* 2. *lib.* 1. Solet apud Nostros quæri, an sola confessio mulieris se pecuniam recepisse, aut lucrum, vel utilitatem sentijsse sufficiat, ut veniat excludenda? Et sunt qui non sufficere credant, adducta causa, quod eadem facilitate, qua mulier se induci patitur ad obligandum; inducatur quoque ad confitendum se utilitatem ex obligatione accepisse. Alij autem satis esse contendunt, quod ita fassa sit, eique in proprijs rebus credendum volunt. Meliores autem distinctionem inter confessionem simpliciter factam in contractu, & confessionem factam in figura Iudicis coram Magistratu constituunt, & cum *Gaillo obser.* 89. *nu.* 5. *lib.* 1. & *Gratiano discept. cap.* 961. *num.* 22. dicunt confessionem factam in iudicio validè mulierem obligare: at non itèm facta simpliciter in contractu, tanquàm facta, ut color obligationi, & prætextus accomodetur. Quod si per publicum instrumētum constaret non minùs tribus testibus subscriptum, mulierem lucrum sensisse eam excludendam Nostri volunt à beneficio *Vellejani ex tex. in l. si antiqua C. ad Vellejanum*, vide *Gutierez pract. quæst. lib.* 2. *quæst.* 29. & vide casus ferè omnes exclusionis colligentem doctè certè *Ioannem Baptistam Mucci in suis quæst. forensibus quæst.* 12. ubi tamen quod ait mulierem obligatam insoli-

lidum cum viro, nulla ex permissa causa, non juvari Senatus beneficio, vix inspecta vera juris ratione admitti poterit; nam aut in ea insolidum obligatione mulier particeps lucri fuit, aut non fuit; si particeps, quia talis non quia insolidum cum viro obligata, excludetur; si nō particeps, tunc quia ut aliàs in superioribus diximus ex insolidū obligatis, is qui nō participavit fideiussor est, nō debet mulier quę talis remanet beneficio Senatus privari. Quod si neutrum constet an scilicet particiō paverit, nec ne, in quibus terminis proponere se quæstionē *Mucci ait. n.* 8. & tunc dicā assentiendum viris doctissimis qui scripserunt præsumendum contractum, aut negotium in viri utilitatem cessisse, mulierem verò colore quæsito adhibitam, & ita sanè voluit *Justin. in Novella sua* 134. *ut nulli iudicum liceat habere loci servatorem*, &c. in *cap.* 8. (à quo epitomata *Authent. si qua mulier C. ad Vellejanum*) dum exquirendo ut manifestè probetur, quod pecuniæ in propriam ipsius mulieris utilitatem expensæ sint, firmat Regulam, quæ stet in contrarium, faciatque præsumere nequaquam eas in propriam utilitatem à muliere expensas.

Nec effugit *Mucci* dicendo sub *num.* 15. quod textus nō loquatur cum mulier se principalitèr obligat; nam occurritur ostendendo, & de hac quoque specie *Justinianum* loquutum, qui omnes complecti voluit; dixit namque primò *si qua similiter crediti instrumento consentiat proprio viro*, & in his verbis perstrinxit fideiussionem à muliere in beneficium viri factam; dixit secundò, *aut scribat, & propriam substantiam*, & perstrinxit casum quando mulier bona propria supponit hypothecæ pro viri debito; & denique tertiò dixit *Aut seipsam obligatam faciat* & his verbis disertè de obligatione insolidum tractavit alioquin idem hic tertius casus cum antecedentibus, & frustra particula *aut* segregatus ab illis fuisset; cæterum quod *Accursius*, & *Glossa* dixerunt *Justinianum* de muliere fidejubente loqui, vel quæstionem (dicā) sola authoritas, non dirimit, vel (dicā) verum quidē esse, sed in prima, & secunda clausula cum in tertia de obligata insolidum agi apertū sit. Porrò suavis *Mucci cit.* supponens quod negamus per petuò, tex. in *l. si mulier D. ad Vell.* loqui de mulierē insolidum cum viro, aut alio obligata, quando non de ea quæ se cum alio obligavit, sed de ea quæ sola, & de ea, quę pecuniā acceperit, licèt alteri creditura, textus agat, quod longè aliud est, nam certum sibi mulierem pecuniam accepisse, nec locus præsumptioni hic incertum & præsumptioni locus; & suavis quoque quod esto in *d. l. si mulier de obligata insolidum tractaretur.* allato vlgari Brocardico quod correctio legum sit vitanda nolit *Justiniano* credendū esse qui in citata *Novella* 134. *cap.* 8. à quo sumpta *Autentica*, apertis verbis præfatur se jura vetera corrigere, dum ait, *Et illud vero prævidimus pro subiectorum utilitate corrigere.* Rursùs nec benè ad rem adducit *Mucci* textum *in l. reos promittendi D. de duobus reis*, nam primò non omnes qui insolidum rei obligantur vice mutua fidejussores sunt, sed qui sub hac lege accipiuntur, ut aliàs diximus, & J. C. indicat dū illos qui vice mutua fidejussores accepti, posse conveniri eo modo quo illi qui duo rei promittendi, idest duo insolidum obligati concludit secundò nam tex. in *d. l. Reus* supponit certas, & exploratas esse partes ad unumquemque ex Correis perventas, ideoq; facultatem dat Creditori, ut quemlibet possit in partes convenire.

Denique Regula quod semper quis præsumatur, ut solvere, ita & se obligare in ea causa quæ sibi utilius sit, vera quidem est, sed non ad rem applicabilis, nam fragilitas sexus & facilitas illa ob quam fraudibus mulieres expositę, facit ut potius in rem alterius delusæ, & deceptæ, quam in propriam censeantur se obligare.

Ex his & alijs videat lector an *Mucci* assentiendum (quod utique vellem; nam dignus cui assentiatur si salva Iurisprudentia *Justinianea* posset) an potiùs *Tesauro dec.* 223. *in principio Merlino cent.* 1. *cap.* 55. *de Mariu. lib.* 2. *cap.* 236. *& Staibano resol.* 1. *resol.* 42.



CAPVT II.

Ad tex. in l. sed & si lege 25. §. adeò D. de petitione hæreditatis.

SVMMARIVM.

1 *Textus litera mendosa est.*
2 *Censura Fabri circa verbum illud (visiones.)*
3 *Defensio.*
4 *Altera oppositio, sed quæ à librariorum incuria processit.*
5 *Reicitur oppositio.*
6 *Reicitur coniectura qua se Faber moveri ait.*
7 *Refellitur altera eiusdem obiectio.*
8 *Item, & altera.*
9 *Observantur duo.*
10 *Quid Repetentes.*
11 *Quid Pragmatici.*
12 *Quid si hæres fructus omnes consumpserit.*
13 *Debitor solvendo falso hæredi non liberatur.*

14 Te-

14 Tenetur scire conditionem hæredis.
15 Sed hoc non admodum placet.

1 Fatemur, & nos mendosam esse literam *l. sed & si 15. §. adeo D. de petitione hæreditatis*; Sed illud accidisse librariorum vitio, non *Triboniani* audacia, pro certo habemus; atque ità sicut alibi de ea emendanda cogitavimus, hic vindicare eam à calumnijs *Fabrianis* conabimur.

2 Ait *Faber*, quod in *d.§. adeò* ab illis verbis; *Sed in proposita quæstione usque ad finem* §. omnia *Triboniani* sunt, & mala sunt; movetur primò ex illa clausula *tribus visionibus relatis*; nàm nomèn illud *visionis* (scribit *nu.* 5.) nunquàm à prudentibus nostris usurpatum est.

3 Sed statim *Fabro* opponemus tot viros doctissimos, qui & si variè interpretati fuerint istud verbum; omnes tamen, ut juridicum, bonumque recepère sanè *Accursius* (à quo cætera *Faber* mutuò sumpsit) *visionem*, *idest opinionem* exposuit, *Ant. Augustinus theoricam*, sivè *speculationem*, *Hotomanus considerationem*, sivè *cogitationem*, *Gothofredus quæstionem* explicarunt, & aptissimè, ut & nos aliàs in libro de feudalibus quæstionibus à *Gaetano Ageta* amico nostro Visiones feudales inscripto præfati sumus, nemo autem horum *Tribonianeum* illud, & prudentibus inusitatum dixit, nam & videant usurpatū in *l. quamvis §. si mulier D. ad Vellejan.* de qua suprà *in l. fideinssor §. in omnibus D. mandati in l. cum de indebito §. in omnibus D. de probationib. & §. adeo huius nostra l. 25.* quod si hos omnes locos de industria à *Triboniano* corruptos dicas, mi *Faber*, occurret *Gothofredus*, qui in notis ad hunc §. locum unū Authoris optimi, & Juris Consulti affert, & quē à *Triboniano* corruptum non audeas dicere, is est *Tertulliani lib. 3. de anima*, in quo in hoc prorsus sensu hoc verbum usurpatur.

4 Secundò opponit *Faber* de illa loquendi formula revera minùs apta (*una prima, deindè alia*) sed in ea exscribenda, ut diximus, erravit librarius, non *Tribonianus*. Et sanè error ipse transcriptoris esse non J. Consulti, apertè proditur.

5 Tertiò agitat *Faber* verba, quæ sequuntur *tertia utrique quod corruptum est decedere*. etenim tunc rectè dicimus *utrique* cum de duobus sermo est, at in hoc textu *Marcellus* ad minùs tres esse portiones hæreditatis proposuit; Verum enimverò ipsemet *Faber* sub *num.* 9. suam destruit obiectionem; nàm fatetur id quod est, scilicet in proposita specie, bonæ fidei possessorem ex semisse institutum reliquos cohæredes (quanquā plures) ex alio semisse, ideòque duas fuisse hæreditatis portiones: hoc autem cum ex verbis textus eliciatur, temerè quis dicet divinativè asseri, sicuti, & temerè quoque aliquid contextui reclamanti appingeretur. Insupèr dum ait *nu.* 10. non posse divinationem propositam (sic ipse vocat veram interpretationem) cadere in alia specie quam in qua tractatur de hæredibus testamentarijs, cum ab intestato fieri nunquàm possit, ut non sint æquales portiones eorum omnium, qui succedunt, minus rectè videtur ratiocinari; nàm primò cū *Marcellus, & Vlpianus* de successione testamentaria loquantur, satis quod ad eam verba accommodentur, deindè si de legitima successione tractatetur satis est quoque, quod & si non verba doctrina tamèn ad rem faciat, nā sufficit, ut decedat, non etiàm opus erit, ut duo tantum successores ei supersint.

Porrò in eodem loco seipsum subvertit *Faber*, dum fatetur in successione ab intestato posse unum, in capita, ut dicitur, succedere, & semissem hæreditatis obtinere, plures vero in stirpes, qui alterum semissem habebunt: at hi (ipse replicat) ex eorum persona succedunt qui in eodem gradu cum defuncto fuerunt; fatemur ultrò, ideoque contendimus duas esse hæreditatis portiones, atque ità rectè scriptum, utrique recedere.

6 Movetur quartò sub *num.* 11. noster *Faber* quod non possit sibi persuadere in quæstione *Marcellum* adeò hæsitasse, ut eam indecisam relinqueret; Et rursùs quid concludendum; prætermissum ab *Vlpiano*. Sed hæc pro arbitrio sibi fingit, & in tex. ab ipso mutilato si quidem & si *Vlpianus* referat *Marcelli* sententiam, explicet, & suppleat, attamèn si ab eius Responso integras clausulas detrahis mancum reddis, facisque ut nec integrè, & ad propositam quæstionem aptè *Marcelli* sententiam referar, nec quid ipse voluerit satis exprimat; quod sanè si in omnibus responsis Digestorum facies, omnia mutila, omnia indecisa reddes & manca.

7 Sed insurgit *Faber*, & ideo se reijcere clausulas integras, præcipuè illam sub *num.* 11. *puto tamen residuum integrum non esse restituendum; sed partem eius dimidiam*; quoniàm ea adversantur superioribus faciuntque, ut *Vlpianus* dissentiat à *Marcello*; petam quomodo hoc? Respondet, quia si is, qui cum ex semisse hæres esset, putans se ex asse hæredem, dimidiam hæreditatis consumpsetit, si quod reliquum est, non integrum cohæredi restituit sed retenta dimidia, in lucro erit, at hoc prohibetur tota in hac lege, ergò. & ad hæc argumentationes de quibus *Faber* latè disserit, redigentur.

Sed responsio in prōptu, vel ab *Accursio*, à quo obiectio prævisa, observavit enim ipse, & rectè, quod qui totam ad se spectare hæreditatem credens dimidiam consumpsit, is non ideò

ideò propriam Assis dimidiam, & reveta ad se spectantē, nam hanc, dū ignotat nō eam dūtaxat habere existimans, consumit, sicut, neque spectantem ad cohæredem dimidiam alteram, nam & hanc quoque ignotam habet, nesciēs adesse; Sed dimidiam totius hæreditatis; Hinc distributa consumptione, dimidiam portionis suæ, & dimidiā portionis cohæredis consumpsisse videtur; unde si reliquum hæreditatis, quod penes se est integrè restitueret, in damno esset, & detrimentum sentieret, nam & partem portionis suæ amitteret; Nec simile est quod in §. *si quis, &* §. *simili modo* in hac eadē *l. sed & si* 25. scribitur, quoniam aliud est patrimonium quod quis scit suom, consumpsisse sub spe hæreditatis, quam ideò non diminuit; aliud consumpsisse hæreditatem, aut maiorem partem omoinò suam esse credens, nam in illo casu de coosumptione patrimonij, nil ad hæreditatem, quanvis illius occasione contigetit; in hoc verò quia hæreditatis consumptio est, non magis ad unam, quàm ad alteram partem pertinebit, dum utraquo pars hæreditatis est, nec possit diei magis de una, quā de altera consumpsisse hæredem, aut voluisse consumere; quamquam, & si uteumque in lucro aliqoo hic hæres foret, dùm postquàm dimidiam consumpsit eius, quod temanet medietatem retinet, adhùc advertendū quod hoc lucrum quale quale sit oon illud ex consumptione booa fide facta; sed ex hæreditate consequitor, & non quia consumpsit, sed quia hæres fuit.

8 Quod autem *num.* 15. *Faber* ait nil absurdum esse, si integra reliqua medietas auferatur ab hærede consūptore, magnum absurdū est, nam quod ex tota hæreditate consumptum fuir, ex una medietate decederet, facitq; ut suprà dictum est, ut qui de tota hæreditate, idest etiàm de portione cohæredis bona fide consumpsit, suæ dumtaxàt portionis jacturam sentiat. Cæterùm hæc media *Vlpiani* sententia nèc insolens est, nèc sine exēplo, ut videre est in *l. Titius* 54. *D. ad Trebellianum*, & iniustè *Faber* irridet *Accursium*, quando ipse est qui nugis, & captiunculis destruete Iurisprudentiam, & integra eius membra conatur.

9 Sed adhùc duo observanda, primum, quod verba in principio §. *adeò autèm qui locupletior factus non est, non tenetur*, ab *Vlpiano* ab anteeedentibus assumuntur, non aotem à *Marcelli* textu, sed eorum tamèn occasione adijcit *Vlpianus* quæstiooem à *Marcello* tractatam. secundum qood in illis verbis, *& puto tamen, &c.* oon à *Marcello Vlpianus* dissentit, sed quod ille ambigue, aut mutilè dixerat, declarat, aut supplet.

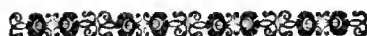
10 Nunc autem, *Repetentes* adeamus hi sivè à *Triboniano* interpolatus tex. sivè ab ipsis Juris Consultis quæstio proposita pressius, quā par erat, & tractata aliquanto cōfusius fuerit, nōnisi paucis verbis, & facillimè hunc §. *exponunt* post *Bartolum*, dicentes quod expeosæ factæ ab eo, qui partem habet, in dubio, de sua patte factæ censentur, at si alitèr præsumi possit quia factæ ab eo qui se credebat hæredem ex asse ut hic, censeotur factæ de urraq; parte. Videas eos in tractatu *de petitione hæreditatis num.* 860.

11 Ex hac tamèn Regula, alteram deducunt *Pragmatici*, quòd sempèr præsumantur expensæ factæ ex pecunia facientis *Mascardus concl.* 1319. etiam si intèr expendentem, & eum à quo petuntur, societas adfuisset omnium bonorum *Romanus cons.* 174. Hinc si hæres, legata, aut debita solvit, nèc ostendatur in hæreditate prōptam pecuniam adfuisse, aut ex bonis hæreditarijs eam pervenisse, præsumetur solvisse de suo, ut notat *Gratianus discept. cap.* 204. *à nu.* 2, sicut de suo Gravatus præsumetur rem redemisse, ut *Peregrin. docet de fideicomm. art.* 35. *n.* 29.

12 Quòd si ut alius diximus non medietatem, aut portionem hæreditatis, ut suprà sed fructus omnes quos percepit, consumpserit is, qui credidit se ex asse hæredem esse, apparente postea alio sibi dato cohærede, aut alio hærede instituto, non tenebitur illos, aut illorum portionem restituere, Nàm nèc de ipsis coosumptis, cum in bona fide fuerat, creditoribus hæreditarijs teneretur *Grammaticus q.* 1 *post decis. Menoch. cons.* 25. *num.* 5. *Surdus cons.* 4. *num.* 10. *& alij* cum quibus in fortioribus terminis *Gratian. discept. cap.* 649.

13 At ijdem *Pragmatici* cum *Peregrino de fideicomm. art.* 4. *num.* 9. nescio qua de causa cum ut diximus admittant facilitèr in hærede bonam fidem fuisse, & credant ipsum ignorare potuisse se cohæredem habere, aot jam privatum hæreditate, alio instituto à testatore, sive alio propinquiore à lege sibi prælato, aut secum admisso, si de successione ab intestato ageretur; Attamèn negant deindè posse de facili hanc eandem bonam fidem in debitore hæreditario inveniri, ideòque di-
14 cunt, solventem falso hæredi non liberari, nā debet investigare de illius conditione, & veritate, ut dicebant *Bartolus in l.* 3. §. *usuras D. de contr. jud. tutela. Canonistæ* cū *Felino in cap. cum inter col.* 10. *de exceptionib.* addentes non solùm scire debitorem debere, an is, cui solvit hæres sit; sed cum quibus conditionibus hæres sit, iuxtà notata à *Franco dec.* 206. *col.* 2. *n.* 4 *Gratiano discept. c.* 194. *n.* 17. *c.* 636. *nu.* 6. quasi quod facilius esset extraneo conditionem hæ-
15 redis, aut eius, qui se pro hærede gerit cognoscere, quā hæredi, aut ei qoi se pro hærede gerit propriam cooditionē, & ex qua parte, & quomodo hæres sit factus.

CA-



CAPVT III.

Ad §. quod autem quis eiusdem l. sed si 25.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus quæ Faber agitat.*
2 *Refellitur prima Fabri oppositio.*
3 *Item secunda.*
4 *Item & tertia.*
5 *Item & quarta.*
6 *Item & quinta.*
7 *Item & altera.*
8 *Item & septima.*
9 *Defenditur Iuris Consultus.*
10 *Expendens non recuperat ea quæ expendisset, si hæreditatem non fuisset consequutus.*
11 *Sed recuperat quæ non expendisset.*
12 *Nisi tamen excessivè expenderit.*

1 PErgit *Faber*, & in hac eadem *l.* 25. vexat sequentem §. *quod autem quis*, & ait primò *Vlpianum* nō solū proposuisse quæstionē; sed & decidisse eam, dum scripsit (*quod autem quis ex hæreditate erogavit, utrum totum decedat, an verò pro rata patrimonij ejus, ut puta penum hæreditarium ebibit, utrum totum hæreditati expensum feratur, an aliquid ex patrimonio ejus, ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hæreditatem, ut si quid lautius contemplatione hæreditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior in statutis suis sumptibus, utique enim & si non tàm lautè erogasset aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset.*) Et tamèn his *Vlpiani* non contentum *Tribonianum* de suo addidisse à vers. *nam & Divus Marcus, &c.*

2 Sed exeutit *Faber* in re apertissima. Nam & si proponat in citatis verbis quæstionem *Vlpianus*, & afferat Rationē dubitandi, & decidendi, non tamèn eam decidit, quod nèc facit in sequentibus verbis, in quibus exemplum dumtaxàt adducit, id vero non insolens Iuris Consultis etiam illis, qui *Vlpiano* strictiùs loqui solent, apertum est; cæterùm venit tandem ad decisionem, cum profert. *Et verius ut ex suo patrimonio decedant, ea quæ si non hæres fuisset erogasset.*

3 At insurgit secundo *Faber*, & impertinentèr adductum exemplum clamat, frustràq; allegatum Rescriptum, quod in causa longè diversa processit, ut videre est apud *Papinianum in l. Titius* 44. *D. ad Trebell.*

Non ergò advertit, duplici de causa à Juris Consultis Imperatorum Rescripta, vel etiā alterius Iuris Consulti Responsa adduci solere: altera quando adducunt illa, ut ex mente Authoris, aut verbis, aut etiam ex ratione adducta, propositam dirimant quæstionem, & hoc *Vlpianus* non egit in præsenti; altera quādo id agunt, ut ab exemplo edoceant, se non res prorsùs novas, & inusitatas inducere; sed similes his, quæ in aliis causis fuère ab Imperatoribus, aut Iuris Consultis probatæ. Et ità hic factum ab *Vlpiano* fuit. Vidit enim Rescripsisse *D. Marcum* erogationes, quæ ex hæreditate factæ dicebantur ab eo qui rogatus erat *quicquid ex hæreditate superfuerit restitueret*, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere, sed pro rata patrimonij quod hæres proprium habuit distribui oportere; & ideò à pari ad propositam speciem respondit, & quod bonæ fidei possessor erugasse proponebatur, partim ex hæreditate, partim ex proprio patrimonio decessurum. Hanc autèm distributionem viri boni arbitrio faciendam, fecit & ipse vir bonus Juris Conf. & decedere ex patrimonio possessoris voluit id quod aliàs erogasset, si hæreditatem non habuisset. Similis ergo & communis erit in utraque specie decisio, quod sicuti in illa *D. Marci*, ità & in hac *Vlpiani*, quod decidit, non ex hæreditate dumtaxàt; sed ex patrimonio etiàm decidit. Verùm quòd ibi distributio fuerit facta pro rata, hic pro eo quod consumpsisset, non ideò sequitur ut prorsùs malè fecerit qui in exemplum Rescriptum adduxit. Insupèr quod in principio §. sic proposita fuerit species *an totum decidat ex hæreditate, an totum pro rata patrimonij possessoris*, satis ex sequentibus intelligimus, significare, ac si scriptum, an pro parte ex patrimonio possessoris; modus enim hic loquendi usitatus est, & satis apertus.

4 Insuper transeundo *Faber* ad obiectiones Grammaticales, censorem verborum se gerit. Et tertiò opponit non rectè se habere prima §. verba. Hinc totum §. *Triboniani* esse; Verùm jam diximus id quod scriptum est *pro rata patrimonij* sic explicandum esse, ac si scriptum fuisset *pro parte*, nàm pars hæc rata potuit appellari. his autem, & nunc adijcio quod si *Triboniano* in mentem venisset hanc speciem, de qua agimus, *Vlpiano* adijcere, eam paucis decidisset; nèc exemplo Rescripti *D. Marci* usus esset, nèc tot rationes attulisset, sciens se, ut toties diximus potiùs Imperatorem, quàm Iuris Consultum agere. Quo verò attinet ad *penum* in masculino, aut neutro positum genere, & si mordeat *Faber num.* 17. rectissimè stare vel ex *Pauli* Regula in *l.* 4. *D. de penu legata* intelligimus. Nam in eadem *l. Paulus* quam-

quamvis in fœminino genere scripsisset *legata Penus*,& *penu corrupta*, attamen in §.*fin*.scripsit *omne penu, præter vinum*, quod & *Pomponius* etiam egit in *l.2. D.de tritico, vino, & oleo legato*, nec *Grammaticos* obstare tum in *Dionysij Gothofredi notis*, quas præ manibus habebat (huius enim editione perpetuò se usum *Faber* fatetur) tùm etiam in *Stephani Forcatuli* principio illius tractati quem *Penus Juris Civilis* inscripsit, videre potuit, potuit & à vulgatioribus Dictionarijs, in quibus statim in promptu invenies *Terentij* in *Enuuco* verba(*cum in Cellulam hodie patris omne penum congerebat clanculum*.)

5 Rursùs opponit non rectè scriptum *statutis sũptibus*, pro eo, quod scribi debuit, in necessarijs sumptibus, sed si advertas, quod I.C. se ad ea, quæ frequentiùs accidant accommodant, Et quod diligẽtes patresfamilias quãtũ mensatim, aut etiã dietim sint expensuri prævisa necessitate, ac domestica introspecta ratione statuant, rides hujusmodi obiectionem.

6 Denique in illis verbis non minuendi fideicommissi subintelligitur (*gratia*) vel quid simile, quod esto exprimi debuisset, an non ex librariorum incuria excidere potuit? adiicias, suppleas, at an ideò integer §. à *Triboniano* corruptus, non ideò omnia *Triboniane* omnia adversùs Jurisprudentiam.

7 Quartò opponit *Faber* sub *num*.11. & sequentibus, quod non rectè quæstio sic proponatur. *Et nunc igitur statuti sumptus utrum ex hæreditate decidant exemplo Rescripti D. Marci, an ex solo patrimonio videndum erit*. Et ut hoc suadeat, nugas agit, & captiũculas struit. quod facilè omnes evitabis, & infringes, si observabis I. Consultum, ut par erat per gradus procedere; Nam primo proponit generalem quæstionem, de omnibus sumptibus, deindè super ea disserit, postmodum advertit, & locum habere, in non necessarijs sumptibus nõ posse, quoniàm ex illis locupletior factus possessor non fuit, tandèm se restringit ad statutos sumptus, & necessarios quoniàm in his locupletior factus videri posset possessor, hæc autem clarè, & benè disposita nemo non videt, qui potiùs *Vlpianum* quàm *Fabrum* sibi volet Magistrum. quod autem exemplo Rescripti *D. Marci*, ità Responderi dicatur, malè carpere *Fabrum nn*. 27. jam ostendimus, & nũc addimus quod & si verba singula, ad trutinam vocasset *Faber* non tamen intellexit non sic quæstionem proponi, *utrum solum ex hæreditate exemplo Rescripti, an ex solo patrimonio decidant*, sed ita utrum ex hæreditate exemplo Rescripti, idest utrum partim ex hæreditate, partim ex patrimonio, an ex solo patrimonio decidant, nec vidit oppositionẽ non esse inter hæreditatem ex una, & patrimonium ex altera, sed inter hæreditatem, & patrimonium ex una, & solum patrimonium ex altera.

8 Denique sub *num*. 28. adversùs ultimam clausulam, quæ decisionem quæstionis continet, insurgit *Faber*, aitq; eius Authorem malum Grammaticum fuisse; quoniàm scripsit. *Et verius est, ut ex suo patrimonio decidat*, & non ut Valla docuerat *ex ejus patrimonio*. Sed facilè hac culpa liberabitur Author §. vel ab eodem *Valla* qui Juris Consultos omnes ita loquutus advertit, atque ità, & in hunc errorem lapsos notat, si modò error sit; nàm mentiri Grammaticum à plerisque iurisdoctissimis adnotatum est. Cæterùm modò Nos cum *Vlpiano*, & Juris Consultis sentiamus, sequatur ut volet *Faber* Grammaticos.

9 Ulteriùs malum etiàm Juris Consultum Authorem §. fuisse affirmat *Faber* in eo, quod scripsit, *& si non heres fuisset*, nam innuit bonæ fidei possessorem hoc ipso hæredem esse, sed contra opponam *Fabro*, quod cum tot verba præcesserint, ex quibus apparet de bonæ fidei possessore agi, verba non aliud significant, quam si scriptum, *& si se heredem esse non putasset*, utcunque tamèn significantissimè scriptum est, *si non heres fuisset*, nàm non ad jus, sed ad factum Juris Consultus respexit, cum de expensis erogatis tractaret. Et hinc, quia scripsit *ex ejus patrimonio decedere* non ideò calumniandus est, nàm inspexit patrimonium, ut tùnc erat, cum quæstio tractabatur; finge in patrimonio esse mille, ex his centum præstanda hæredi, an non hæc centum decidunt ex patrimonio? dices jàm decessisse, quoniàm in sumptus necessarios expensa: fateor, sed non ideò nunc non decidunt, dum hæredi præstantur, quod autem ideò fiat pauperior possessor, non facit, ut præstare teneatur, alioquin si fieret, nèc teneretur.

10 Hoc autem ipsum quod dicitur in hoc §. ut hæres non deducat expensas illas, quas fecisset, si hæreditatem non fuisset consequutus, veluti justissimum recipiunt *Pragmatici* om-

11 nes, addendo viceversà recuperare eum, & deducere expensas illas, quas occasione hæreditatis facit, cum *Garzia de expensis, & meliorationibus cap*. 17.

12 Docent quoque plerique quod & si hæres in re hæreditaria utiles quidèm expensas fecerit, sed nimium excessivas, non poterit postea illas deducere; Nam & si alleget, se has expensas ideò fecisse; quia hæres fuit, alioquin non facturus, utcunque tamen excessivas facere non debuit *Mangilius de imput. quæst*. 136. *à num*. 31. & alij post eum.

Sed severius Hispaniæ leges se habent, quoniàm, & si non excessivas, sed in Castris, & muris oppidorum reficiendis, & in domus ampliatione expẽsas fecerit possessor Majoratus eas tamen nõ recuperaturũ cũ nõ ad refe-

ctio-

ctionem teneri jusserint, *l.6.tit.7.lib.5. nove recopilationis*, & adnotauit *Covar. lib.3. var. cap.5. num.7.* licet Romanæ leges adversentur in *l.domos 61. D. de leg.1.* & aliud forum Conscientiæ exigat, ut ex *Molina de inst. & iure disp.32. & disp.644.n.2 Palacios Ruvios, Menchaca, & Gamma* sapienter adnotavit, ut solet doctissimus, & Religiosissimus Vir *D.Joannes Valerus* Valentinus in utilissimo suo tractatu de *differentijs utriusque Fori* in ver. *Maioratus diff. 2*, cuius Gentilis *D. Petrus Valerus Regius à latere Consiliarius supremamque Cancellariam Regẽs* quà ingenij acumine, quà omnigena eruditione quà illibata in Magistratibus gerendis constantia facit, ut Valentia nostra, Romanæ Vrbi scil. Italæ Valentiæ, ut pleraque multa, ita neque invideat *Papinianos*.



CAPVT IV.

Ad l. filiusfamilias 114. §. Divi 11. D. de leg. 1.

SVMMARIVM.

1 *Faber hic quedã non mala, sed protrita affert.*
2 *Duo adnotanda, & primò, quod ex voluntate testatoris non potest fideicommissum ante diem restitui.*
3 *Sed si illa non obstet benè poterit.*
4 *Quid dicatur de fideicomm. relictis filijsfamilias.*
5 *Explicantur verba textus.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Quid Pragmatici.*
8 *De filio gravato restituere decedente ante vigesimumquintum annum.*

1 ET si ad exornandam *l.filiusfamilias* 114. §. *Divi D.de leg.1.* plura nec mala, & si vulgata, & obvia *Fab.* adduxerit, nihilominus in illis, ut solet multoties labitur, ut quisque ex se poterit observare, nam ego hic duo so-
2 lum adnotabo, saltem confusè proposita. Primum erit, quod cum in hoc tractatu de restitutione hæreditatis in diem, vel sub conditione, veluti in cæteris, quæ ex morientium voluntate pendent, voluntas ipsa sempèr sequenda sit, tùm si expressa verbis fuerit, tùm si ex coniecturis elicita, ideo Regula, quę habet quod is, qui ante statutum tempus, aut conditionis adventum restituit, nihil agit *l. 9. D. ad Trebell.* quoniàm non transfert actiones *l. sed si 10. eod. tit.* idve ne ex voluntate quidem fideicommissariorum, ut *Marcianus* docet in hoc §. *Divi 11.* Regula, inquam hęc non alia ratione nititur, quàm quia ita testator voluerit, qui tempus restitutioni, aut evẽtum conditionis præfixit, & proindè tum *Faber* tum quoq; hi qui aliã sibi rationem requirendam putant (cum Senatus Consultum etiam non ex alia, quam ex hac processerit) errare à scopo videntur.

3 Porro ex eadem ratione, ex qua Regula descendit, descendit quoque exceptio, ut si quando non obstare testatoris voluntatem appareat, possit ante tempus fideicommissum restitui. finge diem adiectam in gravati hæredis gratiam, ut scilicet minori cum incommodo, aut maiori cum commodo præstet fideicommissum, quis non admittet posse hæredem huic suo favori renunciare, & ante tempus restituere? Sanè Juris Consulti id affirmant in *l. Javolenus 15. D. de an. leg. in l.3. § cum Pollidius D. de usuris l. si ita relictum 41. §. Pegasus D. de leg.2. in l. Seius 46. in fine l. a filia 61. §. alumna D. ad Trebell.* & concordantibus; quod si quæras, cur hoc? Respondebo simpliciter omissis his, quæ *Faber* cògerit à *num.7.* quia testatoris voluntas non repugnat, qui eatenus iussit expectandum diem quatenùs hæres vellet, in cuius gratia apposuit.

4 Secundò quod notandum non benè à *Fabro* explicatũ, erit, quòd quia ut plurimum testatores, qui filijs familias ad diem, vel sub conditione præstari fideicommissum jubebant, ea de causa ita jubebant quia nolebant ea patribus acquiri, & sperabant intrà tempus præfixum, aut pendente conditione futurum, ut emanciparentur, & sibi acquirere possent, nàm non sempèr, vel honestatis, aut alia ex justa causa, cõditionẽ emancipationis poterant expressim adijcere; Sequitur, ut filijsfamilias dum adhùc sub potestate sunt restitui ante tempus non possit; & è contrà si emancipati, quamvis antè tempus fideicommissum præstari valeat, & hoc esse quod dicitur in §. *Divi 11.* ubi J.C. ait illis *ante diem fideicommissi cedentem ne quidem ex voluntate eorum posse restituere his in potestate patris agentibus, cum possit die fideicommissi cedente, sui juris constitutis ipsis debere restitui*; & ex his intelligimus filijs extrà potestatem degentibus posse restitui, quoniàm quod eve-
5 nire sperabatur evenit. Neq; obstant sequentia, *vel si aliquis ex his ante decesserit non omnibus*; nã; illa continent & assignant causam, quæ pertineat nõ dumtaxat ad speciem propositam paulò antè de filijsfamilias; sed ad omnes etiam de his qui in sua potestate sunt quibus relictum fideicommissum in diem, vel sub conditione proponeretur; quippe quoniã nõ uni, sed pluribus relinquitur, licet hi filijfa-

familias reperiantur emancipati, aut si à principio sui juris, tamen constaret eorum gratia appositam diem, vel conditionem adhùc illis, & his non poterit fideicommissum ante tempus præstari, quia plures fuerāt, quibus relictum, & obstabit quod poterit nō omnibus esse debitum: quamquam, & hoc etiam, tunc locum habebit, cum non aliud ex testantis affectione sit credendum ut *c.* 7. diximus.

6 Sed cum cętera omittamus, illud omittendum non est, quod *Repetentes* hæc eadem docuére quæ *Faber*, ut constat ex illorum commentarijs, in quibus & Regulā statuunt, quod quotiès conditio ventura existendo potetit rerum formam mutare, non potest interim etiàm de partium consensu restitutio fideicommissi fieri, ut loquuntur *Bartolus*, & *Baldus* hic, & in *l.* 1. §. *sin autem, ubi Salycetus*, & *Castrensis C. de caducis tollen.*

7 *Pragmatici* autem, & si hæc admittant, nō ideò se possunt abstinere quin familiaribus conjecturis de testatoris voluntate suum locum non relinquant, & ab illis Regulam, aut recipiendam, aut refutandam credant, ideòque si expresse testator dixisset se vocare ad hæreditatem, aut substitutionem filium Sej (ex. gr.) illi nasciturum post triennium, & is ante triennium nascatur videndum, & conjectandum volunt, an testator admitteret illum, & in hoc casu voluisset, ut tractat *Menochius cons.* 339. *lib.* 4. Quamvis idem *cons.* 97. *volum.* 1. in alia specie de eo, qui per fideicommissum vocaverat primogenitum nascitnrum ex sorore, dummodò ipsius cognomen assumeret, si eveniente conditione, hic primogenitus reperiretur mortuus, superstite secundogenito, qui cognomen assumere velit, & possit, excludendum hunc secundogenitum pro absoluto adeo habuerit, ut nullum conjecturis locum reliquerit.

8 Tandem circà tempus restitutioni appositum, advertendum fuerat quod gravatus filius, ut decedente ante vigesimumquintum annum, *Caio* hæreditatem restituat, si attigerit annum vigesimumquintum, non tamen compleverit, non tenebitur decedens instituere *Caium* eumque exclusum iri, affirmat *Decius cons.* 435.





CAPVT V.

Ad tex. in l. post mortem 12. C. de fideicommissis.

SVMMARIVM.

1 *Ex his quæ dicta sunt nascitur expositio l. post mortem* 12.
2 *Reicitur Fabri distinctio.*
3 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
4 *De electione ad maioratum.*
5 *Quid de refutatione dignitatum præsertim Magnatum hispaniarum.*
6 *Quid observatum in assumptione ad Sacrum Presbyteratus ordinem, Illustrissimi, & Excellentissimi D. Francisci Borgiæ Gaudiensis Ducis, &c. Hispaniarum Magnatis, &c.*

1 EX his, quæ dicebamus in capite antecedenti, appareт non obscurè quam habeat rationem *Imperatorum* Rescriptum in *l. post mortem* 12. *C. de fideicommissis* in illis verbis *eum, qui post mortem suam restituere hæreditatem rogatus est, etiam priusquam fati munus impleat satisfacere, & hæreditatem restituere si vult, non prohiberi*, tractatur nanque ea species in qua non pluribus, sed uni dumtaxat, restitui iussit testator, & in qua hæres nèc rogatus est filiofamilias restituere, nèc sub alia conditione quam illa *post mortem suam*, quæ in ipsius hæredis gratia apposita censetur, ut quoad vivat hæreditatis fructibus fruatur; hinc nil mirum si conclusum *ante die statutā fideicommissum præstare non esse prohibitum.* De reliquo nulla subtilitate ad indagandum opus, neque admodum sudandum erit nodis dissolvendis, nisi si in scirpo ut dici solet eos quærere velimus. sanè, cum testator uni restitui jubet, non valet dici cum *Marciano*, expectandum; nàm si quis antè decesserit, non omnibus præstandum fideicommissum erit; & rursus cum non filio, sed patrifamilias jubet restitui, non potest dici voluisse testatorem ne acquiratur patri, ideoque expectandum, ut emancipetur, & tandem cum post mortem restituendum dixerit, cessat omnis alia suspicio de testatoris voluntate obstatura, quia conditio in gravati gratia se ostendit apposita; cur ergo non huic favori suo licebit renunciare *dicta l.* 15. *D. de ann. legatis.*

2 Insupèr distinguere oportet cum *Fabro* inter fideicommissum universale, & par-

particulare, etenim sicut in utroque eadem ratio voluntatis impedit ne ante tempus restitui fideicommissum possit, ità & in utroq; eadem faciet, ut possit, & quamquam eodem modo quo *Faber*, Senatus Consultum *Trebell.* eiusque provisionem perpendas, adhùc, postquàm conclusèris ab eo oriri prohibitionem, ne ante tempus restitutio fiat, tandem ad voluntatem testatoris recurres, quoniam hæc movit Senatum, ut ita juberet, & existimaret eum, qui antè diem restituit non eo modo quo fuerat rogatus restituere: nàm non undequaq; testatoris voluntati paretur; quæ autem de morte, deque eius cogitatione *Faber* ponderat, faciunt quidem ad propositam speciem in hac *l.* 12. sed non potissima. Ratio ipsius decisionis sunt, nàm si non post mortem, sed post certam diem togatum hæredem restituere proponeremus, adhùc Imperatores rescripsissent non prohiberi restituere ante diem, si cætera adsint, quæ suprà ponderavimus.

3 At quamvis protrita hæc lex, & explicata jàm à *Bartolo*, & *Iasone*, & à *Pragmaticis* cum *Romano consil.* 452. & alijs, de quibus in *Syntag. comm. opin. lib.* 6. *tit.* 4. *num.* 140. Attamen observandum circa illam, in principali quæstione an fideicommissum in diem relictum, aut sub conditione possit antè diem, vel antè cõditionem restitui, quod ex nostris Meliores cõcludunt decisionẽ pẽdere ex eo, an dies, vel conditio apposita fuerit gravati gratia: nèc nèmàm si id affirmatur; esto quod Regula sit restitutionem faciendam esse eo tempore, & uti testator rogasset, alioquin ex *Trebell.* actiones non transibunt, uti cautum in Juribus plerisque dicitur, præcipuè in hoc §. *Divus*, de quo agimus, & in *l. sed si ante D. ad Trebell. in l. cum pater §. hæred.* & §. *à filia pater D. de leg.* 2. & *in l. uxorem* §. *Scjam D. de leg.* 3. & *in l. post mortem C. de fideicomm.* tamèn non obstante Regula, *Pragmatici* ipso Senatus Consulto *Trebellian.* & ipsis Iuris Consultis, & Imperatoribus liberaliores, concedunt restitutionem antè diem rectè fieri, cum dilatio temporis, vel conditio apposita fuerit in gravati gratia, ut ve post *Glossam in d. l. uxorem* §. *Scevola*, & *ad l. post mortem Baldum*, *Angelum*, *Fulgosium*, *Salicetum*, & similes.

4 Sed quia de hoc diximus, nùnc illud contenti sùmus admonuisse, quod quandoque evenit, ut qui facultatem habet eligendi eum, cui Majoratum, aut fideicommissum relinquat, possit in vita eligere non expectato mortis tempore, & possit posteà electionem factam mutare, de quo videndus *Molina de primogenijs lib.* 2. *cap.* 4. *à num.* 22. *Castillo contr. tom.* 3. *c.* 12. Quàquàm Ill. Noster *Crespi à Valdaura in obser.* 117. monet, & rectè, quod

5 in simplici maioratu fieri possit quod dictum est, at nõ idem possit in Hispaniarũ Regnis, præsertim Coronæ Aragoniæ admitti, cum de cedendis Majoratibus, & dignitatibus Regalibus agitur, & si in proximos successores. Sanè cum in anno 1654. Excell. Princeps *D. Franciscus Borgia* Gandiensium Dux, &c. & intèr primos Hispaniarum Magnates. (Cui me conjunctum non solum à maioribus accepto familiæ conspicuæ cognomine, sed etiam status mutatione recenti gaudeo) quibus fruebatur amplissimis dignitatibus, & seculi illecebris, post carissime uxoris obitum se abdicare Sacerdotale gradù adipisci voluisset, idq; ut ei liceret à *Rege Phil. IV.* sêmpiternæ memoriæ, impetrasset, ea tamèn lege impetravit, dato Regio Rescripto, ne quoad viveret in proximum successorem filium, feuda transferret, sed apud ipsum cum suis titulis, ac etiam magnarum prærogativis retineret, quod ut singulare idem *Ill. Crespi* adnotavit *num.* 48. & Doctissimi *D. Idelphonsi Carrillo* authoritate in tractatu *De la Origen, y preeminencia de los Grandes discursu* 7. *num.* 11. voluit confirmatum.



CAPVT VI.

Ad l. mulier, quæ in duabus 22. in princ. D. ad Trebell.

SVMMARIVM.

1 *Fabri conjecturæ.*
2 *An diversitas inter Rescripti D. Marci speciem, & propositam in hac l. mulier.*
3 *Rejciuntur Fabri ponderationes.*
4 *Marcus in fortioribus terminis Rescripsit.*
5 *Quæ Fabrum movere.*
6 *Sed malè.*
7 *Secunda Fabriana conjectura reijcitur.*
8 *Item & tertia.*
9 *Item & ultima.*
10 *Quod in hac l. mulier, dictum etiam in alijs juribus.*
11 *Quid Repetentes & Neoterici.*
12 *Ante tempus fideicommissum repræsentari posse quidam affirmant, alij negant.*
13 *Nostra sententia.*
14 *Quid de quarta legitima.*
15 *Quid de falcidia, & Trebellianica.*
16 *Quid de portione debita ex providentia Neapolitana consinet.*

1 IN illa eleganti specie quam *Vlpianus* tractat in *l. mulier* 22 *in princ. D. ad Trebell.*

Faber, qui semper ipsis Juris Consultis ex diametro adversatur, aliud esse respondendum, & postremam clausulam *secundum hæc decebam, & in proposita quæstione D. Marci decretum esse trahendum, & rectè fideicommissum utrisque esse solutum*, expungendam esse contendit, à *Triboniano* corruptum, & interpolatum textum clamans; neq; aliud habet, quo suam fulciat conjecturam, sivè potiùs temeritatem, quàm quod diversa fuerit species in qua (ut *Scevola* refert) *Marcus* Rescripsit, ab ea quę tùnc *Vlpiano* proponebatur; qoasi quod non expresse id fateretur idem *Vlpianus*, ideòque non ex *D. Marci* decreto decisam dixit, sed trahendum ad eam, illud esse Respondit.

2 Videamus tamèn, in quo diversitas consistat, & an adeò magna sit, ut neq; trahi ad hâc potuerit quod Imperator in illa rescripsit. Et quidèm cũ Imp. & *Scevola*, egerint de matre, quæ filijs suis post mortem patris eorum, fideicommissum restitui iusserat, *Vlpianus* verò etiam de eadem; ex hoc constat inter se convenire aliquantulum. & Rursùs, cum in utraque eadem adiecta emancipationis conditio, ut filij sui iuris reperirentur, sibique acquirerent, & cum ferè de ijsdem personis agatur, eademque affectio personarum militet, iam in omnibus similes esse species, ne dicam easdem, dignoscimus, proindè in unũ casum quod *Marcus* decrevit, rectè ad alterum trahi, & accomodari potuit, quamvis enim in hoc *Vlp.* illud amplius sit, quod nõ contenta mater jussisse filiis suis restitui post mortem patris, adiecit *vel ei, qui eorum superesset*, quod tamèn adiectum à matre, ut omnibus casibus provideret, non ut uni tantum ex filiis æquè dilectis provisum vellet, ut credit *Faber*, nemo non videt; hinc rectè non expectata patris morte potuisse repræsentari omnibus fideicommissum responsum est. Verùm in hoc differentia erat, quam *Faber* aut non percepit, aut percipere noluit inter extraneum testatorem, & matrem, quod in hac non major in uno quam in alio, sed æqualis ergà liberos præsumitur affectio, & velle eos omnes superstites, & sanos esse, & omnes ad fideicommissum admissos, ideòque non ob aliam causam suspendisse liberalitatis effectum, quàm ut meliùs illis consuleret, & ut in illud tempus consequerentur, in quo sibi, emancipati, acquirerent; in extraneo verò non idèm est, nam & potest credi hunc voluisse, non solùm sibi acquirere fideicommissum, idest non omnes acquirere, sed superstitem. Potuit ergo & *D. Pij* Rescriptum ad speciem huius *l. mulier* porrigi, nam non quia inter unam, & alteram speciem aliqua diversitas, id obstabat, quia hæc vix momenti alicuius.

3 Et primo quod dicatur in specie *D. Marci*, ab eo ità iussum, intellecta matris voluntate, non ideò verum quod scribit *num. 8. Faber* quippè huiusmodi voluntas intelligi potuit ex ipsismet fideicommissi verbis, & ex æqualitate etiàm personarũ, nec opus fuit ab extrinsecis probationibus exquirere. Sed esto (quod perpetuò negandum est) daretor *Fabro* in specie *D. Marci* aliundè, quàm ex verbis fideicommissi voluntatem probatam; poterit dici, & in sua specie hoc ipsum *Vlpianum* exegisse, idque compræhendisse dùm ad ipsam accommodandum decretum, idest adhibenda ea omnia quæ decretum exegit, conclusit.

Secundò quod apud *D. Marcum* mater sic fuerit locuta, *si filij effecti fuissent sui Juris morte patris*: at in specie *Vlpiani* dictum sit *post mortem patris eorum*, id nec etiam parit diversitatem, & ratio est quoniàm ut suprà diximus, hæc conditio de patris morte in fideicommisso filijsfamilias relicto, ex Juris Consulturum interpretatione, non aliud importat, quàm si scriptum esset *si effecti sui juris fuerint*, & proindè idem sonat *post mortem patris*, quod *morte patris*. sed dato quod importaret, quod vult *Faber* à *num. 9.* erit diversitas in eo, quod in casu fortiori *Divi Marci* decretum processit, ideòque faciliùs accommodari ad propositam hic quæstionem potuit.

4 Sed si quod verum est attendamus, quis nõ videt, quòd cum quis simpliciter scribit *filijs restituat post mortem patris*, tùnc qoia conjectamus non aliud velle, quam filijs sui iuris effectis restitui, dicere possumus etiam antè mortem patris restitutionem rectè fieri. At cum scribit *eisque restituat, si sui Juris morte patris fuerint effecti*, tùnc quia videtur non solũ requirere filiorum emancipationẽ, sed cũ adiuncto, idest, ut fiat patre prædefuncto, atque ità, ut peculiari modo eveniat, ideò quia magis stringit, minusque Iuris Consultorum interpretationi relinquit, videtur non posse restitui antè patris mortem; & sanè ità foret dicendum, nisi aliter *D. Marcus* constituisset, cui opus fuit, ut & *Scevola*, interpretari voluntatem testantis, sivè clausulã *si morte patris* interpretari, ideò appositam, *quia non crediderat patrem eos emancipaturum*, quasi diceret, non ideò testatrix eam emancipationẽ in conditione posuit, quæ ex morte patris eventura fuisset, quia eam dumtaxàt elegit, cæteros modos exclusit; sed quia non credidit eventurum, ut pater illos in vita emanciparet, alioquin non dilatura fideicommissum in mortalitatem fuisset, si patrem vivom emancipaturum filios sperasset; ex his itaque concludimus in fortiori casu decidisse *D. Marcum* eiusq; decisione rectissimè uti potuisse *Vlpianum* in faciliori specie.

5 Sed hæc omnia, non adeo obscora sunt, aut

aut obstrusa, ut ea *Faber* non viderit: vidit enim, ut observari poterit in multis locis, sed illud obstitit ne admiserit (ut dignoscitur *num.* 16) quoniam verba; *vel ei, qui eorum superesset*, quæ posita ex abundanti à matre diximus, ut omnes compræhenderet casus, conditionem etiàm continere perpetuò credidit, nec distinxit ab extraneo testatore matrem testantem; prorsùs malè dum naturæ ratio, & jurisprudentiæ distinguendam volebat quod & faciunt apertis verbis Juris Consulti: & quis prudens non in matre aliud, quam in extraneo admittat? textum destruere, & *Tribonianum* accusare, Juris Consultos sibi advertentes facere malit?

Ex his itaque quod mater ab extraneo distinguêda est sequitur ad rem nô facere, quod sub *n.6. Faber* adducit *Papiniani* Responsum *in l.cum pater* 77. §. *ab intestato D.de legat.*2. nam in eo non agitur de matre testante, sicut nec facit alterum *Scevola* quo abutitur idem *Faber, in l.uxorem* 41. §. *Seium D. de leg.* 3. quippe ibi, non an potuisset substitutus ante mortem suam restituere, ut institutus potuit, sed an debuisset, cogendusque ad id foret dubitabatur & ratio erat; quoniàm extincta persona, ad cuius favorem testator in tempus mortalitatis fideicommissum distulerat, ratio tamê decidendi ea fuit, quod cum testator substitutum in locum instituti posuerit eiusdem voluntatis ergà eum fuisse ostendit, ideòque ijsdem beneficijs gaudere voluisse.

6 Sed tandem expendamus hic *Fabrianas* côiecturas quibus ait ille sub *num.*29. *a Tribon.* interpolatum hunc *Vlpiani* textum. Prima est quod *Scevola* ante *D. Marcum* decesserit, ideòque non potuerit eius decretum allegare; at hæc jàm aliàs exsibilata est, nempè *lib.* 14.*cap.*4. ubi tum ex *Aymaro Rivalio*, tùm etiàm ex *Berardino Rutilio* doctissimis viris, itèm ex *Jacobo Cuiacio* omnium Principe, côstare diximus pervenisse *Scevolam ad Marci* usque tempora, quinimmò, & sub *Commodo* etiam floruisse, ut *Jacobus Gothofredus* in suo indice præposito in manuali Juris Civilis & pleriq; alij putant; quinimmò sunt, qui adimperium *Severi* trahant cum *Nicolao Henelio, & Joanne Lorichio*. nec quod decretum istud non allegaverit in specie *l.uxorem* 41. §.*Seiû de leg.* 3. quicquam obstat, cum plures respôsiones in promptu sint, Una quod forsan tùnc non adhùc fuerat interpositum; altera, & verior, quoniàm ad speciem ibidem tractatam non pertinebat.

7 Secûda coniectura quòd facilè potuit *Tribonianus Scevola* nomine abuti, tum quia Juris Consulti magnæ authoritatis, & post *Papinianum* præcipui inter omnes nominis, tû eo quod recordabatur à se in alio Pandectarum loco corruptum eiusdem *Scevola* Responsum, ut aliud eiusdem *D. Marci* Rescriptû protraheret ad speciem ibidem propositam; prorsus ridicula est; nam primò nil ad *Tribon.* quod *Scevola* maioris authoritatis, quàm *Vlpian.* aut alij foret; quippe qui omnes pares esse voluerat, & proindè potiùs sub *Vlpiani* nomine in cuius responso erat, si aliquid volebat, tradidisset quam à longe *Scevole* authoritatem, & citationem adducere; an dubitabar ne non sibi crederetur? an sibi sub nomine *Scevola* asserenti credendum putabat non autem sub nomine *Vlpiani*? Cæterum quod in alio loco, nempè in *l. Pamphilo* 39. *D. de leg.*3 id egerit, si dicas, hoc eadem fiducia qua alletis, & maiori ego negabo, ut negavi *d. lib.* 14. *cap.* 4. quanquam non minima laus *Triboniani* foret, adeo memoriæ iuris responsa suasque interpolationes ad illa, tenuisse.

8 Tertia conjectura quod non sit aptus modus ille loquendi *Scevola Divum Marcum in auditorio de huiusmodi specie judicasse refert.* levissima est, & inanis, & quam si admittamus ferè centum Digestorû loca dicemus corrupta. de reliquo *quod iudicasse D. Marcû* scriptum sit, & verbum iudicare indignû sit Imperatoria Maiestate, non movet, nam tunc id verum, cum accipitur in eo sensu in quo distinguitur judicare à ius dicere, ut eruditiores, præcipuè *Franc. Duarenus disp. anniver.* 1.*cap.* 53. explicant, at non cum accipitur ut quâdoque solet, pro eo ipso quod est ius dicere, quod rectè fieri, docet *Varro lib.*5. *de lingua latina*, nam in legibus 12. tabularum scriptû est, *si magistratus judicasset*, idest *ius dixisset, vel pronunciasset*; cum tamen constat hos salva dignitate P.Rom. judicare nô potuisse. sanè iudicasse causas in auditorio *Imperatores* quandoq; adeò apertum est in iuris libris ut in dubium vocari non mereatur.

9 Vltimam coniecturam ex dictione illa *mortalitate* sumit *Faber* qua ait usos Iur. Consultos in abstracto, non inconcreto, & tamen scimus eundem *Vlpianum*, ut alios omittam, *mariti mortalitas* scripsisse in *l.*2. *D. de pactis dotalibus* pro *mariti mors*.

10 Concludendum ergò non *Triboniani*, sed *Vlpiani* esse textû in hac *l.mulier* 22.*in princ.* quod, satis præter hæc omnia, probat locus ex eodem *lib.*5.*disputationum Vlpiani* sumptus in *l.si ita* 15. *D.quando dies legati cedat*, ad quem si advertisset *Faber*, nunquàm quod *Vlpiani* est, ab eo detraheret, *Triboniano* appingeret.

11 Sed satis nos adversus *Fabrum* adduximus; qui plura velit, *Repetentes* adeat in Côment.ad hanc *l.mulier* 22. qui cum *Bartolo, Alexandro, Croto, & Ruino ad l.Gallus* §.*quid si tantum D.de lib. & posth.* alijsque relatis ab *Alphano* in reportatis *num.*397. & *num.*529.

latè de materia tractant, sicut, & *Neoterici*, cum eorum Principe *Cuiacio 3.obser.c.15. & lib.13.obser.c.35.*

12 Occasione tamen dictorum solent Nostri, & magnis contentionibus agitare quæstionẽ illam, an in creditorum suorum præjudicium possit debitor fideicommissum ante diei, vel conditionis eventum repræsentare, & restituere; undè oportet, ut nos aliqua dè eadem quæstione dicamus, insistendo alijs, quæ diximus suprà, cum de hac eadem quæstione (quamquam quoad forum Conscientiæ potiùs, quàm quoad forum externum) tractavimus.

Et primò si quæratur, an possit debitor fideicommissum, quod in tempus mortis restituturus erit, in vita sua restituere, aut quod post eventum conditionis debebit, antè illud præstare. Quanquam sunt qui affirmant indistinctè id posse, etiam in creditorum præjudicium post *Peregrinum art.2. n.51. Gratianum dec. Marchiæ 17. & discept. cap.132. & 271. Menochium conf.704. Fusarium, qu.602.n.3. Francum dec.101.* aliosque cum *Surdo, & Cõsiliario Hodierna decis.140.num.15.*, Moventurque ea ratione, quod tam dilatio, quam conditio, aut tempus præfixum fuerint eiusdem gravati gratia, à testatore fideicõmissariæ restitutioni apposita, & ideo poterit gravatus non uti, atq; eidẽ renunciare.

Et quanquam sunt qui in contrarium disputant, & huiusmodi renunciationem non solùm renũciantis præjudicium, sed in creditorum quoque, quibus utilitas fructuum interim fideicommissi à gravato percipiendorum quæsita est, continere clamant; idenque non permittendam nec repræsentationi locũ dandum asserunt cum *Andreolo contr.110. de Medicis c.98. Ciriaco contr.319.n.15. & alijs.*

13 Attamen, qui in proposita quæstione verũ assequi velit, Is oportet ut primò, mordicus teneat regulam illam, quam utriusque sententiæ sectatores admittunt, scil. posse debitorem in quærendis, non itèm in quæsitis creditoribus præiudicare, quæ regula probatur ex *l. quod autem 6.D. quæ in fraudem cred.* & & in similibus iuribus. Deindè ut subtilitèr perpendat, an id, quod refutatur, aut omittitur, aut renunciatur, ut cum *Pragmaticis* loquar, quæsitum quidem renuncianti debitori sit, an verò non adhùc quæsitum, sed quærendum.

Hinc ex his primò in proposita quæstione de fideicommisso ante tempus præstando, deque fructibus ab illo interim perveniendis, videtur dicendum; de quæsitis agi non de quærendis, nam ex quo institutus gravatus acceptavit, quod sibi relictum est, illud vè acquisivit licèt cum onere fideicommissi ei impositi post tempus, aut conditionis eventũ, jàm ius percipiendi ex eodem fideicommisso, quousque tempus restitutionis adveniat, fructus sibi acquisivit: & hoc in præiudicium suorum creditorum refutare, & renunciare, semèl sibi quæsito, non potest nec debet.

Neque simile est quod dicimus, de eo, quĩ hæreditatem non adit, aut legatum non petit; nàm hic quoniàm nondum adivit, nondum petijt, nihil acquisivit, & proindè nil perdit, nil à proprio patrimonio aufert; sed qui adijt jam, & acquisivit, iniuria postmodũ illud ipsum omittere, & perdere tentat, undè id ei permittendum non est, & non solum si de Fisci præiudicio ageretur, ut credebat *Peregrinus de iure fisci lib.6.n.48.* Sed si de cuiuscunq; privati, Et multò magis in Regno hoc Neapolitano in quo adest Constitutio in *cap. emergentium* ut *Cyptius* advertit ad *Capycij Latro decis.8.* quicquid contrà dicat *Consil. Prato in addit. ad Paschalem p.2. cap.4. num. 137.*

14 Secundò in quarta legitima, si vera sunt quæ *Pragmatici* credunt quæsitam illam ex jure naturæ filio, qui & eiusdẽ Creditor sit supèt bonis paternis: falsa per consequens erũt quæ ex ijsdem asserunt *Anneus Robertus lib.3 cap.12. Gratian. discep.d. cap.2. Paponius* alijque, cum quibus *Hodierna num.8.* scil. posse filium in creditorum præiudicium quartam legitimam renunciare; nam id quod jam quæsitum est, renunciare non permittitur. Et sanè potiùs minuere patrimonium suum, quàm non acquirere hic renuncians videbitur, ut advertunt *Ancharanus, Fontanella, Peregrinus*, & reliqui, itèm *Mantica de tacitis lib.13. tit.38. Paschalis de viribus patriæ potestatis par.2. cap.4.n.137.* & alij penes *Hodiernam*.

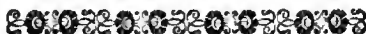
Nèq; iuvat, quod idem *Hodierna ex Gratiano, Rodriquez, Suarez* replicat *num 9.* scilicet acquisitam quidèm filio legitimã, quoad rejectionem gravaminis, & similia, nõ quoad alia. Nàm responsio in promptu est: quod cum conceditur esse filio acquisitum ius ad legitimam, itaùt gravamèn, quod supervenit, possit reijcere, iam conceditur ei acquisitum aliquod ius in esse producto, quo sno tẽpore utatur, atque ita aliquid, quod consistat, & cuius per consequens, refutatio patrimonium minuat; Undè nisi dicamus cum Melioribus filium nil acquisivisse censendum quoad legitimam in vita patris, nunquam *Consiliario Hodierna* assentiri poterimus, & admittere, quod possit filius refutare legitimam, quoniam si aliquid acquisivit, quantumcunque minimum illud sit, semper verum erit acquisitum iàm, ideoque omitti, & refutari non posse.

15 Tertiò, quoad quartam falcidiam, & *Trebellianicam*, id ipsum dicendum videretur ex quo

quō enim hæres adijt, ius illas detrahendi, acquisijsse censeri poterit. Sed in contrarium movet quod huiusmodi quartæ non illicò quod adijt, & ex eo quod adijt irrevocabiliter hæredi quæruntur, sed sub illa conditione nisi spontè, & absque ullo lucro adire maluerit, & morem gerere testatori; igitur cum hæres absque quartarum deductione hęres esse velit, & legata, aut fideicommissa præstare, id valet facere, atque ita ad deductionē quartarum ius nullum acquirere; hinc apertis verbis pronunciat *Callistratus in l. debitorem 20. D. qua in fraudem credit: Debitorem qui ex Senatus Consulto Trebellian. hæreditatem restituit placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere*, quod & *Papinianus* dixerat *in l. pater 19. sub eodem tit. & Imperat. in l. 1. C. ad l. falcidiam*. Ex his autē intelligimus ex qualitate personarum, & negotij gesti, fraudis excludi suspicionem, & quæ plena fide, & ex debito pietatis fiunt nō censeri in fraudem fieri, quod si advertissent *Zasius, Ladorcha Fontanella*, & cum his *Andreolus* non adeo se torquerent in explicando adducto *Papiniani* Responso; quando videre debuerant, esse quædam negotia, in quibus quod omittitur, & si videatur quęsitum, attamen quia id fieri censetur potius pro plena fide præstanda testatori, quam pro creditoribus fraudandis, licitè fit, ut etiam evenit in specie *dicta l. 1. C. ad l. falcidiam*.

16 Quartò in portione debita vigore consuetudinis Neapolitanæ, aut in portione dotiū maternarum filijs Neapolitanis debita; quoniàm ad huiusmodi portiones ex providentia consuetudinis ius quæsitum jam agnato, aut filio dici potest, oportebit, ut dicamus non licere illas agnato, aut filio in præiudicium creditorum refutare, quicquid sibi velint *Francus decis. 374. à n. 9. & Consil. Hodier. nu. 16.* etenim quòd portiones hæ nōn acquirantur, nisi acceptentur, & quod non possint propria authoritate capi, non facit, ut non debitæ fuerint, & ex causa antecedēti ad acceptationem, & proindè, ut ius acceptandi eas, & sibi habendi (præscripto tamēn modo, & statuto) quæsitum non sit agnato, aut filiò. Et sanè nisi hoc verum esset, utique mater, vel agnatus non prohiberentur filios, vel agnatum privare medietate, aut dote, nec posset dici si id absque causa agerent, fraudare, & iniustè facere, cum ideò diversa sit huiusmodi portionum perventio à legitima successione, & hæreditate, de qua in *l. quod autem 6. §. proindè D. qua in fraudem creditorum*, quoniàm huiusmodi portiones debentur etiàm invitis defunctis, at legitima hæreditas non item, dum potuit defunctus testari de sua hæreditate, atq; ita legitimę successioni nō dare locū: at cum de dote aut portione bonorū antiquorum tractatur non potuere; & si quam maximè voluissent defunctus agnatus, aut mater disponere.

Sed quamvis hæc Nos; attamèn *Pragmatici* aliter atque, aliter sentiunt, ut videre est apud citatos Authores, & apud *Bottilierium de success. ab intest. Theor. 41.* vndè insistendum erit in aliàs à nobis traditis.



CAPVT VII.

Ad §. utrum l. apud Iulianum 11. D. ad Trebellianum.

SVMMARIVM.

1 *Prima Fabri oppositio adversus hunc textum.*
2 *Reicitur.*
3 *Oppositio secunda.*
4 *Quae ex ipsomet Fabro destruitur.*
5 *Oppositio tertia.*
6 *Sed fallitur in ea Faber.*
7 *Cui prospexit Rescriptum D. Pij.*
8 *Quid nostri.*
9 *Procurator potest cogere heredem ad adeundum, & restituendum si de mandato constet.*
10 *Heres adiens periculo fideicommissarij debet fieri immunis ab omni molestia, & expensis.*
11 *Proinde iustè postulat sibi de hoc caveri.*

1 Textus *in §. Vtrum in l. apud Julianum 11. D. ad Trebell.* à *Triboniano* corrumptum quoque contendit *Faber* at nos id falsum, apertissimè demonstrabimus.

Et quidem dum primò reprehendit ille, qood quæstio his verbis proponatur, *utrum autem præsenti, an etiam absenti restitui possit hereditas*, quasi hoc commune aliquod habeat cum præcedentibus.

2 Respondemus reprehendere iniuria; quoniam revera aliquid commune cum præcedentibus habet, nam in principio legis & in §. 1. tractatum est de *herede a fideicommissario coacto*, ut adiret, & proindè rectè potuit deinceps in sequentibus de hærede cogendo ab absente, vel eius Procuratore, & an cogi posset disputari, quanquam nec novum sit, Juris Consultos in uno, eodemque responso *Miscellaneas* tractasse quæstiones, nec semper verū formulam illam loquendi *Vtrum, etc.* necessariò continuationem materiarum importare.

3 Se-

Secundò tractatam quæstionem reprehendit *Faber*, scribitque *num.* 3. à nullo ex prudentibus dubitatum, quin etiàm absentis procuratori, si id desiderat, restitui possit hæreditas.

4 Sed hanc obiectionem ipsemet *Faber* destruit, dum allegat textum in *l. qui ità* 66. §. *absenti D. eod. tit. ad Trebell.* in quo eandem quæstionem decisam scribit à *Paulo*; nàm si ità est, ut esse eredit, vel ex hoc dignoscitur fuisse quæstionem dubiam, dignamque, quæ à *Paulo* tractaretur, & proindè falsa assertio illa: *Nemo ex prudentibus dubitavit*, nisi dicamus neq; *Paulum* habuisse dubitãdi rationẽ cum super eadem Respondit. Quamquam revera non parum differt, quæstio *Pauli* à quæstione *Vlpiani*; namq; in illa de eo Procuratore agebatur, de quo erat dubium, an mandatum habuisset, nèc ne? Contrà in hac constabat quidèm habuisse mandatum, sed Generalem, habuisse non specialem ad cogendum hæredem, ut adiret, sibique restitueret; Hinc differentia, quod apud *Paulum* dubium fuit non solù de potestate, an scil. posset is, quem non adhùc constabat ne Procuratorem quidèm esse, cogere hæredem ad adeundum; sed etiàm de voluntate hæredis; qui eum non adhùc procuratorem constituisset, neque adhùc de hæreditate cogitasse, nèc hæredem cogendum voluisse videbatur; apud *Vlpianum* verò ex eo, quod factus procurator proponitur, quodammodò de voluntate fideicommissarij constabat: & dubitabatur duntaxàt de potestate, & an sufficeret voluntas illa generalis, vel opus speciali foret, quæ cogere iuberet hæredem, hæreditatemque sibi restitutam suscipere; Et hinc est, quod in specie *Pauli*, quia incertum est, an mandaverit, & ideò non adhùc de mandato constar, concluditur non esse compellendum hæredem adire, quamvis ei caveatur, proptèr fragilitatem cautionis. Sed hoc non rectè ad *Vlpianum* adaptaveris, cui sat esse visum est, quod is, qui adijt Prætorem, & cogendum hæredem petijt adire, & restituere, Procurator sit, mandatumque habeat & si generale.

5 Tertiò reprehendit *Faber* sub *num.* 13. quod allatum sit ad propositam quæstionem decidendam, exemplum ex Rescripto *D. Pij*, quod in dissimili prorsùs specie processerat desumptum.

6 Sed fallitur ipse *Faber* sub *n.* 17. dũ se credere ostendit, quod in specie Rescripti, illud dumtaxàt obstabat, quominùs hæres per *Albina* filiam compelli posset ad adeundum, quod regulariter non est cogendus hæres suspectam adire hæreditatem, ab eo, cui libertas à legatario, & hæreditas ab hærede relicta est, ut dictat *Papiniani* Regula in *l. non cogendus* 51. *D. ad Trebell.* fallitur, namque apud Imperatorem filiæ causa nedùm Albinæ matris, quæ libertatem consecutura erat, coactus hæres fuit ad adeundum, unde non suprà positam fuisse dubitandi Rationem dignoscimus; nàm non tàm sollicitus *Pius* de filiæ libertate, quàm à legataria consecutura fuerat, quam de libertate matris quæ ab hærede præstanda fuit. Hinc dubium potiùs faciebat, quod non videbatur cogendus hæres ex eo quod libertas alteri, quàm fideicommissario fuerat relicta; at cum placuisset Imperatori in proposita specie cogendum hæredem esse ad adeundum, & restituendum, totus in eo fuit, ut provideret, ne hæres in damno moraretur, & ideò voluit, ut hæreditas quantò citiùs restitueretur, non expectato tempore nubilis ætatis; voluit etiàm quod si fortè intrà modicum illud temporis spatium fideicommissaria decessisset (quantumvis enim ponas sollicitam fuisse matrem in præstanda filiæ libertate: quantumvis sollicitum hæredem in manumittenda Albina, eique in præstando legatum, adhùc evenire posset, ut magis sollicita Parca futura sit) voluit rectissimè *Divus Pius* bona testatricis ità venundari, ac si nemo hæres ei extitisset, in quibus duobus, nempè in eo, quod hæreditas statim restitui possit, non expectata adiecta die, & in eo, quod hæredi ità providet, ut si non restituat habeatur, ac si non adiisset; elatè apparet Imperatorem non minùs fideicommissario, quàm hæredi, immò plus hæredi quàm fideicommissario voluisse prospectum, ne implicitus oneribus hereditariis ullo casu remaneret.

7 Dixi plus hæredi hoc Rescripto prospectum fuiße; nàm quod favore libertatis cogatur hæres adire, jam ante Rescriptum obtinuerat ex generali Regula, de qua in *l. si cui* 31. *D. ad Trebell.* Hinc sequitur, quod aut id solum, aut saltèm id præsertim à *Divo Pio* provisum est, ne hæres in dãno maneret, idvè vel etiàm adversùs Juris communis Sanctiones. Undè concludendum, quod eum hoc rescripto provisum sit hæredibus, ne unquàm in damno sint, etiàm si non restituerint, prædefuncto fideicommissario, optimè in proposita specie §. *utrum* eo usus est *Vlpianus*; nàm ex quo certus hæres est, se nunquàm in damno moraturum ex his, quæ *Divus Pius* rescripsit, concludebatur omninò cogendum adire, quamvis Procurator nõ fideicõmissarius ipse Prætorem adierit, & quamvis specialem mandatum hic Procurator non attulerit; nam sufficit quod generale habuerit, sed hoc in specie *Pauli* in adducta *l. qui ita* 66. §. *absenti D. ad Trebell.* admittendum non fuerat; nàm eum penitùs de nullo mandato ibidem constaret non erat permittendum, cuicunque, ut pro libito cogere hæredem posset ad adeundum.

9 No-

9 Noſtri verò, tùm in Scholis, tùm in Foro,
tanquàm certum habent, quòd ſi quis coga-
tur adire, quoniàm id facit periculo fidei-
commiſſarij cui hæreditatem reſtituit, non
tenebitur actionibus hæreditatiis, ſed habe-
bitur, ac ſi nunquam adiiſſet, ut poſt *Repeten-
tes* hic, & poſt *Bartolum conſ.* 86. alioſque al-
legatos à *Ioanne Averbach lib.* 1. *ſingul. alleg.
cap.* 38. paſſim affirmant, cum *Graſſo in* §. *fidei-
comm. quaſt.* 3. *&* *quaſt.* 40. *& Peregr. de fidei-*
10 *comm. cap.* 45. Cæterùm quod à Procuratore
fideicommiſſarij cogi poſſit hæres gravatus
adire, nemo dubitat, niſi de ipſius Procura-
toris mandatu aliquod dubij emerſerit; tùnc
enim cavebit, dominum ratum habiturum, ut
Bartolus aſſeverabat in *l. qui ita* 66. §. *etiam
obtentis D. ad Trebell.*

11 Porrò cum fideicommiſſarius, cuius pe-
riculo hæreditas aditur, teneatur tùm in-
demnem hæredem gravatum reddere, tum &
reſarcire damna, ſi quæ patiatur, & lucra, ſi
amittat per aditionem, itèm & expenſas om-
nes ſolvere, ut Noſtri cum *Peregrino* affirmant
de fideicomm. art. 2. *n.* 80. non iniuſtè pro hu-
12 iuſmodi præſtationibus exigere cautionem à
Procuratore, hæredèm ipſum, affirmant com-
muniter omnes.



CAPVT VIII.

Adhùc de eodem §. utrum, & ad l. ille à quo 13. in princ. eod. tit.

SVMMARIVM.

1 *Quæſtio apud Vlpianum, jam deciſa, ut dictum eſt.*
2 *Fabri emendatio.*
3 *Quæ inepta.*
4 *Emendatio noſtra.*
5 *De quo tractetur in l. ille a quo D. eod.*
6 *Reijcitur Fabriana obſervatio.*
7 *Alia Fabri objectio.*
8 *Reſponſio ad eam.*
9 *De ſpecie propoſita in citato* §. *utrum.*
10 *Quæ neceſſaria faciebant D. Pij proviſionem in peculiari illa ſpecie in qua Reſcripſit.*
11 *Senatus Conſultum, de quo hic illud ipſum quod Trebell. & Pegaſianum.*
12 *Quid Repetentes & Pragmatici.*
13 *Quid ſi alius quam inſtitutus gravatuſq; adire oporteat, an cogi poſſit.*
14 *Fideicommiſſarius ſi ſit quoque vulgaris ſubſtitutus, coget adire.*
15 *Quæ de coactione dicta, cum moderamine ſunt intelligenda.*

1 EX paulò antè dictis de *Pij* Reſcripto, &
proviſione in hæredis coacti beneficium
ad hoc ne ullo caſu moraretur in damno, ap-
paret nõ ſolũ deciſam ab *Vlpiano* propoſitam
ſpeciem, in eaque concluſum, cogendum adi-
re hæredem, qui minùs iuſtè timet, & minùs
iuſtè renuit, ſed & Regulam firmatam, quà
dicamus in cæteris cauſis exemplum hoc ſe-
quendum *ſicubi venerit, reſtituatur fideicom-
miſſaria hæreditas ei, qui compulit adire, & re-
ſtituere ſibi hæreditatem.*

2 At quia ut ego fateor ultrò, in adductis
Vlpiani verbis mendum extat, non tollit il-
lud *Faber* dum ſub *num.* 1. ait legendum *ſi-*
3 *cubi venerit, ne reſtituatur*; quippè cum hoc
ipſum ſit quod *Pius* providit, ne ſcilicet in
damno *hæres ſit, ſicubi venerit, ne reſtituatur,*
ineptè dicetur *D. Pij* exemplo faciendum id
ipſum, quod *D. Pius* ipſe fecit, cum quod faci-
mus ad exemplum alicuius, non illud ipſum
4 eſt, cuius exemplo utimur. Itaque potiùs no-
ſtra emendatio admittenda erit *Libris Suſpi-
cionum* tradita, legendumque *Sicubi venerit
reſtituenda fideicommiſſaria hæreditas ei, qui
compellit adire, & reſtitui ſibi hæreditatem.* Et
ſenſus perſpicuus erit, nempè quod dum
D. Pius ſuccurrit hæredi inſtituto, qui com-
pulſus adiit, & in omnem caſum ſuccurrit, ut
ſuprà vidimus, dici poterit etiam in cæteris
cauſis, ſicubi venerit reſtituenda fideicom-
miſſaria hæreditas ei qui compellit adire,
exemplum hoc ſequendum eſſe. (Nempè eiuſ-
dem *Pij* allatum paulò ante exemplum, ſe-
quendum,) & cogendum hæredem, ut adeat
quamvis reluctantem, undè hac Regula, &
propoſita ab *Vlpiano* quæſtio decidetur; &
omnes aliæ ad hunc tractatum pertinentes.

Quod autem vix tentaverat *Accurſius*, ſcil.
dicendum, eſſe in propoſita ſpecie reſtitutam
ante diem hæreditatem, & mortuum antè
diem fideicommiſſarium; à ſeipſo refellitur,
nèc opus eſt tot ambagibus, per quas *Faber*
diſcurrit, quippè cum coactus hæres adiit, &
reſtituit, aliud quærendum non erit.

5 Veniamus nùnc ad textum in *l. ille, à quo*
13. *D. eod. tit. ad Trebell.* in quo nequaquàm
tractari de eadem materia, de qua in *l.* 11.
perfricta fronte aſſeverat *Faber*, quaſi lectores
cæci, aut inſipientes, ipſe ſolus ſaperet, ſanè in
§. *utrum* adductum eſt *Divi Pij* Reſcriptum
dictumq; ex illo eſt, fuiſſe hæredi ſuccurſum, ne
unquã in dãno ſit, ideòque ſi poſt aliquod tē-
pus fuerit iuſſus reſtituere, poterit nihilomi-
nùs cogi invitus adire; nàm poterit aute tem-
pus ſi id velit reſtituere; Sequitur & de eadem
materia ſubiicitur in citata *lege ille à quo ſub
conditione fideicommiſſum relictum eſt cauſam
quid non poterit, ne conditio deficiat, & hæreat
actionibus, cum nullum damnum ſit futurum
ſecundùm ea quæ oſtendimus.* in his, quis non
videt

videt continuatum eundem tractatum sic ratiocinando, *D. Pius* in omnem casum succurrit, *D. Pius* providit, ne unquàm damnum hędedi futurum sit: ergò non poterit hæres causari, quod sub cōditione restituere fuerit jussus, & possit conditio deficere, atque ita in damno manere. At replicat *Faber* sub *num.* 11. illa verba, *ut supra ostendimus*, non posse referri ad *D. Pij* Rescriptum; quoniàm illa interposuit *Tribonianus*; acuta observatio, an non hoc est, id quod negamus, id quod gratis ab ipso asseritur, & nos falsum esse diximus, & tale tùm unus, tùm alter *Vlpiani* locus ostendit? & quis non videt utrumque sumptum ex *libro 4. fideicomm.* & eādem materiam tractatā in affini quæstione, & quæ omninò ex eodem rescripto decidenda fuerat?

6

7 Urget *Faber*, & ideò ait non posse hanc speciem pertinere ad Rescriptum, quia in hac restituere hæres sub conditione, in illo verò ad diem certam quæ poterat anticipari rogatus hæres restituere; conditionis namque eventum, sivè casualis ea fuerit, aut mixta, sivè promiscua vel potestativa, expectari oportet, nec (ut eventus diei) negligi.

8 His tamèn Responsio in promptu est, nempè illa, quod *D. Pius*, & si in una specie Rescribens voluit tamen providere omnibus casibus, in quibus evenire possit, ut hæres, qui coactus adiit, aliqua ex causa non restitueret hæreditatem, & voluit in illis venundari testatoris bona, ac si nullus hæres extitisset; hoc autem ut faceret, oportuit, & casum fideicōmissi conditionalis etiam complecti, nam nulla differentia est si fideicommissum, ideò non restituatur, quia prædecessit fideicommissarius, vel quia defecit conditio; cum in utroq; casu verum sit, quod coactus adiit hæres, & adiit ut restitueret, & in utroque casu eidem periculo exponitur non restituendi; cum possit prædecedere fideicommissarius, & possit conditio deficere; hinc in utroque pariter ei succurrendum erat; hoc autem non alio modo evenire poterat quam si in utroq; casu (licèt aliàs diversi) habeatur ac si non adiisset hæres, & sint in hoc æquales. Ceterùm si hoc aliquantulum deviare à Iuris regulis videatur, oportet meminisse ita Principi placitum, & eo fine ut nullam hæredes scripti se excusando ab aditione causam prætexere possent.

9 Tandèm post tot discrimina rerum redit *Faber* ad speciem ab *Vlpiano* in principio §. *utrum* propositam, quæ ut diximus decisa apparet ab adducto Rescripto; nam quia hæres in damno futurus non est, iustè cogetur etiam à Procuratore ad adeundum, à Procuratore quidèm mandatum habente saltèm generale, nam si nullum habeat, sequendum quod *Paulus* Respondet in *l. qui ità 66. §. absenti in 2. parte D. ad Trebell.* quod si habeat speciale mādatum verum erit quod *Faber* hic proponit, nam ita idem docet *Paulus* in prima parte ejusdem §. *absenti*. Itaque cum ut diximus de Procuratore tractetur, qui cum aliàs generalitèr procurasset, videbatur posse cogere ad restituendum hæredem: & vice versa speciali mandato opus esse videretur ad acceptandam hæreditatē, & ideò iustè hæredē tenuere, & timere, ne prædecedente Domino, antequàm ratū habuerit ipse hæreditati implicitus remaneret, fuit opus ad *D. Pij* provisionem deveniri, & si prędecessetit bona vendenda Responderi, ac si nullus hæres extitisset, nam non potuit mandatum procuratoris generale fideicommissarij acceptationem inducere, ut tanquam ejus bona, hæreditaria bona venderentur, quod sibi *Faber* suadet *num.* 18. Ex hoc autem constat esse casus ad quos pertinere Rescriptum possit ultrà speciem tractatam, nec opus ut à *Fabro* tàm anxiè quæratur *num.* 19. dum non considerat posse evenire, ut fideicommissarius ipse, vel eius Procurator cum speciali mandato cogat hæredem, in quibus casibus eo ipsō, quod cogit, obligatur hæreditati, & actionibus hæreditarijs, ac si in eo ipso instanti facta Restitutio foret *l. si postulante 67. D. ad Trebell.* sed & posse etiā evenire, ut Procurator generalis cogat, & tùnc alia provisione opus sit, ut diximus.

10 Verùm illud negari non potest, quod si alia in omni, potissimum in specie tractata in Rescripto, provisione *D. Pij* opus fuerat, non quia Albinæ filia decesserat sine bonis, & decesserat non adhùc manumissa, ut credit *Faber num.* 21. non enim ad hunc casum se restringunt generalia verba Imperatoris. Nam etiam potuit post manumissionem decessisse antè tamèn restitutionem, sed ex eo quia (quod *Faber* non advertit) & si hæredem reliquisset, non poterat is cogi ad suscipiendam in se hæreditatem, & actiones hæreditarias; nàm non poterat habere locum Regula *l. postulante 44. & l. si postulante 66.* ea de causa, quòd ille tùnc locus cum is ipse cogit, cui restituenda hæreditas est, aut eius hæredibus, nō cū alius est, qui cogit, & in proposito cogebat Albina, cum restitutio esset facienda filiæ, quę si prædecessisset, & si hæredem reliquisset, adhùc iste non poterat compelli ad suscipiēdas actiones hæreditarias: undè illis remanebat implicitus hæres, quod ne eveniret provisione nova opus fuit, quæ cū generalis fuisset ad alios casus posteà accomodata est præsertim ad hæredem illum qui cum cogeretur à Procuratore generale habente mandatū, poterat prædefuncto fideicommissario eius hæredes adigi ad suscipiendam restitutionem, ne qui adiit actionibus hæreditarijs implicitus remaneret.

11 Re-

11 Reliqua, quæ *Faber* hic affert, levissima sunt, & quæ ex suprà dictis facilè reiiciantur. Quod verò Sen.Conf.illud, de quo *Marcellus* meminit (ut *Interpretes* existimant) fuerit *Trebell.* aut *Pegasianum*, verissimum est, nec eidem *Fabro* credendum qui nulla authoritate, aut conjectura ductus, veluti ex tripode pronunciat fuisse aliud Sen. Consultum, quod de manumisso dumtaxat loquebatur. Sanè sicuti incredibile non est, ut in illis Senatus Consultis generalibus caput aliquod speciale fuerit, in quo de manumisso tractaretor, ità incredibile prorsùs est, quod si aliquod factum Senatus Consultum speciale fuisset super hac re, nulla de illo mentio in juris libris extaret.

12 At *Repetentes*, quos *Pragmatici* sequuti, coactionem hæredis gravati admittunt, eamque Judicis officio faciendam asseruot periculo fideicommissarij, adductis *l. quia poterat l.eam quod §. si quis compulsus l. si legatus, & l.si omnes D.ad Trebell.cum Gabr.consf.46. num.22. Intrigliolo de subst.cent.1. quæst.32. num.36. Ludovico decis. Lucensi 40. num.4. Randensi decis.Pisana 128.num.31. & Argellio de leg.contr.quæst.10.art.1. num.6.*

13 Quòd si quis hæres institutus, gravatusque non possit ipse adire, sed ejus vice alius id facere oporteat, ut eveoit, quando institutus est Monachus pro quo Monasteriū, aut institutus delinquens, vel incapax, aut indignus, pro quo fiscus, aut institutus filiusfamilias pro quo pater, hæreditatem adire deberet; utrùm tùnc si Monasterium, fiscus, pater, & similes adire nolint, cogi possint à fideicommissario ad adeundum? pluries dubitatum fuit, & tandèm affirmative conclusum ex *l.filiusfamilias D.de leg.1.* & ex doctrina *Peregr.de fideicom. art.2.a num.75.& seqq.*

14 Illud tamen mirum est, quod post *Bartolum, Castreasem, Alexandrum, Aquensem*, & his similes *Pragmatici* affirmant, scil.posse fideicommissarium cogere institutum adire, & si illi tùm per fideicommissum, tùm etiàm per volgarem foret substitutus, nàm ità *Glossa in l.debitori Ang. & Alexander ibidem D. ad Trebell.* adootavit, idq; ampliant etiàm si testator dixisset: instituo Titium hæredem si voluerit, eumque gravo, &c. nàm adhùc si noluit, cogendum eum, ut coactus velit, concludunt cum *Peregr.* loco citato, & *Ruino consf.7. lib.3.* nisi tamen testator expressè coactionem prohibuisset, ut *Intrigliolus* loco suprà adducto observavit.

15 Quæ autem dicta sunt, modestiores *Pragmatici* cum quodam recipiunt moderamine, unde si jā hæres repudiasset; ideòq; res nōesset integra, aut si dies, aut cōditio apposita, fideicomisso foret, vel institutioni, aut nisi suus hæres adesset, ex cujus existeotia fideicōmissū confirmaretur, vel quocunque alio modo si fideicommissario succursum, alitèr dicendum fore contendunt cum *Peregr.* loco citato, *Preta de interpretatione ult. volun.fol. 233.& 308. & Sardo de alimentis tit.6. privil.11.in fine.*



CAPVT IX.

Ad tex.in l.sed cum ab hærede 12. D. cod.tit. ad Trebell.

SVMMARIVM.

1 *De primo rescripto Pii.*
2 *De secundo ejusdem Rescripto.*
3 *Ad explicationem hujus tres casus proponit Accurs.*
4 *Faber impugnat primum, sed nos illum defendimus.*
5 *Item & secundus casus defenditur adversùs Fabrum.*
6 *Item & tertius casus.*
7 *Retinetur recepta lectio in l.nam 14.§.1.*
8 *Quid Nostri.*
9 *Quid de gravato restituere specialem quandam rem non integram hæreditatem.*
10 *De pluribus fideicommissarijs ordine successivo vocatis, an postremus cogat hæredem.*
11 *An venientes ab intestato possint cogi adire, & restituere si gravati fideicommisso.*

1 IN illo Rescripto, de quo diffusè egimus in superioribus Capitibus, induxit intèr alia *D.Pius*, ut dicebamus, ne teneretur hæres, qui coactus adit expectare tempus præfixum restitutioni, sed posset, si vellet, statim quod
2 adijt restituere. Id autem limitavit idem Imperator, jussitque novo Rescripto non obtinere, si hæres hic, quem coactum proponimus, foret non ex asse, sed ex parte institutus; nàm tùnc si admitteretur, quod posset statim restituere, præjudicium non modicum cohæredi inferretur, qui spontè adiit, quique diem, aut conditionem expectat, & hoc quidem est, quod *Papinianus* in *l.si cum 12. D.ad Trebell.* respōdit, sed cujus cū postrema illa verba, *neq; pupillum extrà ordinem juvandum, præsertim si novum beneficium cum alterius injuria postularetur* plura comminiscendi *Accursio* præbuerunt occasionem; præbuère etiàm & *Fabro*, ut hoc capite totus esset in *Accursio* reprehendendo.
3 Itaque tres casus proposuerat *Accursius*, ad quos *Papiniani* verba possent accommodari.

Primus erat si pupillus fuerit solus hæres institutus, & sub conditione rogatus; nàm si fideicommissarius petat, ut cogatur pupillus adire, & restituere antè conditionem, pupillus verò velit extrà ordinem juvari, scil. per in inregrum restitutionem; ut coactionem effugiat, ne postquàm adierit maneat implicitus oneribus hæreditariis, fideicommissario quādoque antè conditionem impletam decedente non erit audiendus, cum abundè illi consultum sit constitutione *D. Pij*.

At ad maiorem intelligentiam operę pretium erit tefette *Accursij* verba, ait itaque ille (*neque pupillum*) tribus modis ponen casum. Primò pupillus fuit solus purè institutus, & sub conditione rogatus, & petebatur, ut cogeretur adire, & restituere ante conditionem, & ipse petit extra ordinem juvari scilicet per in integrū restitutionem, ut non cogatur ad prædicta, asserēs quod si restituat, & fideicommissarius decedat ante conditionem, ipse remanet obligatus creditoribus; sed non timeat hoc quia nū remanet obligatus per Constitutionem *D. Pij* ut hic, & infra *l. proxima*, & secundum hoc redit hic ad casum *legis præcedentis*.

4 Sed cum primum hunc casum neque verbis legis, neqoe juris rationi convenire opponat *Faber*, videamus, an possit *Accursij* interpretatio defendi, & *Faber* ait non verbis convenire qunniam *Papinianus* de illo hærede disertè loquitur, qui nonnisi pro parte scriptus sit. At hæc obiectio quæ à fronte aliquid esse videtur, re attentius considerata poterit tefelli dicendo quod in vers. *neque pupillum* mutatur præcedens casus; & sanè nullum absurdum sequetur, si asseramus, hoc posteriore Rescripto *Antoninum Pium* duo constituisse, quæ, & si diversa: ambo tamèn ad priorem Rescriptum, seù constitutionē ad cuius declarationem fuit latum, facerent; unū fuit, non esse locum constitutioni suæ, cū hæres non ex asse, sed ex parte scriptus fuerit. Alterum, esse locum etiam si pupillus is sit qui hæres institutus, & iussus restituere fuit. Certè uterque casus erat dubitabilis, & dignus Imperatoria observatione. Ex his secūda obiectio, non solum prima *Fabriana* diluitur; nàm si *Imperator* sanxit pupillum quoq; in sua prima Constitutione compræhendi, sequitur quod voluerit non esse eum extrà ordinem adiuvandū, id est per in integrū restitutionem, quæ extraordinarium auxilium dicitur in *l. in caute 16. D. de minoribus*, alijsq; nèc *Faber* tacuit *num.* 10. & sanè quisquis interpretationem allatam receperit, nunquam dicet cum eodem *Fabro* adducta verba *extra ordinem juvandum* de beneficio ipsius Constitutionis exponenda, ex hac enim sequeretur, quod iniquissimum esset, ut inauditus cogendus esset pupillus adire ex *Divi Pij* Cōstitutione, ea tamèn iuvari non posse, si fideicômissarius prædecesserit, ideoq; ei restitutio non fiat, quando huiusmodi beneficio quam maximè pupillus indigebit, (ut respōdeamus ad ea quæ, ex juris ratione opponit *Faber nu.* 14.) si & ipse, ut alius quilibet hæres cogi poterit; siue si restituēda hęreditas eidem qui cogit, sive si restituenda alteri nempè legatario, ut evenit in ipsissima Rescripti specie; nam ut non obstantibus juris regulis cogi posset voluit *Imperator*. Cæterùm quod posset pupillus ad beneficium extraordinarium restitutionis recurrere, verum quidem est, at hoc nequaquam necessarium ipse *D. Pius* existimavit; nam succurrendo ex abundanti hæredibus omnibus; providit.

5 Secundus casus his verbis ab *Accursio* exprimitur *alij continuant cum proximo in ea l. sequenti quod unus ex hæredibus purè institutus rogatus fuit de restituendo cuidam pupillo sub conditione, qui institutus spontè adijt. Certe non habet locum constitutio Divi Pij, ubi est rogatus restituere pupillo ante conditionem; nec in hoc pupillus potest iuvari per restitutionem, cum in præiudicium rogati fieret.* Adversùs hunc casum, qui accommodatior videri fatetur, insurgit *Faber n.* 15. & opponit primò, quod si ponimus hæredem spontè adijsse, nil intererit an solus, an ex semisse fuerit institutus. Verum hæc oppositio prorsùs inepta est, quis namque non videt *Accursium* scripsisse *unum ex hæredibus* significans plures quidem institutos, unum tamèn spontè adijsse, & cęteros coactos; hinc factus locus rescripto *D. Pij*, ne si ante tempus restitueretur hæreditas, inferretur præiudicium huic, qui rogatus spontè adijt. Cæterùm hæc eadē interpretatio est, quam ipse *Faber* suprà ut veram proposuit, cum tamen in eo aliter à *Fabro* sentiat *Accursius* in hac secunda interpretatione, quod *Fab.* responsum nō esse vult aliud, quam non esse locum Rescripto, & ad hoc expendit omnia textus verba, *Accursius* addit nec locum restitutioni, & ad hoc expendit illa verba *neque pupillus extra ordinē, &c.* huic autem assertioni opponit *Faber*, quod nullo colore posset pupillus impetrare restitutionem, cum nil ipse fecerit, in nullo fuerit læsus. Sed Respōdetur pro *Accursio* potuisse impetrare sub colore, quod læsus esset ab illo, qui sub prætextu, quod spontè adiisset retinebat hæreditatem, faciebatque restituere ante tempus.

6 Tertium denique casum sic proponit *Accursius, vel dic, quod pupillus fuit hæres pure institutus, & rogatus de restituendo sub conditione. & sponte adijt, & fideicommissarius antè restitutionem decessit sine hærede, certè locus nō est Constitutioni Divi Pij in hoc, ut pupillus hæres non teneatur, nam tenetur creditoribus. Et*

quod

quod dicitur extrà ordinem non iuvandum per Constitutionem Divi Pij, quia esset cum iniuria creditorum.

His autem opponit *Faber* sub *nu.*16. quod ita constituta specie, nil interesit, an ex parte hæres, an verò ex asse, fuerit institutus pupillus; sed huic oppositioni jàm satis factum suprà est; dum diximus in his speciebus supponi, quod in vers. (*neque*) mutetur casus, & cum dictum de hærede instituto ex parte fuerit: tractetur deindè de pupillo instituto. de reliquo quod fateantur *Accursius*, & *Interpretes* in hoc casu per in integrum restitutionem juvandum pupillum, si damnosam hæreditatem spontè adijsset, non est contrà *Papinianum*, ut credit *Faber*; quoniam admissa hac specie, illa verba *extra ordinem juvandum* non restitutionem excludent; sed beneficium *Divi Pij* dumtaxat, ut ipsemet *Faber* interpretatus fuerat.

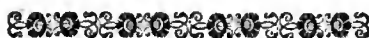
7 Adijciam pro Coronide omninò esse retinenda verba (*si justæ causæ allegantur*) in *l. nam* 14. §. 1. *D. ad Trebell.* quamvis expungere conetur ea *Faber n.*13. nàm authoritas omnium librorum id expostulat, & expostulat etiam ratio; quis enim non videt ab eo, qui adire vult scriptum hæredem, iusta causa allegari, vel ex eo, quod suo periculo vult adire?

8 Sed ex suprapositа specie in hac *l. sed cum ab hæreditate* trãseũt Nostri ad alteram illam, in qua hæres non in tota hæreditate, sed in quota fuerit institutus, & quærunt, an adhùc cogi poterit adire? & affirmant cum quibusdam declarationibus de quibus suprà citatus *Peregrinus art.*2. *num.*84. qui tamen coactionem non admittit, si cohæres extaret, ut evenit in hac nostra *l. sed cum*, & ab eo repetitum fideicommissum foret, nam tunc alter, qui nolit adire cogendus non erit, ut firmat *num.* 83.

9 Quòd si institutus universalis hæres, postea fideicommisso non de tota hæreditate, aut eius quota restituenda, sed de re particulari fuerit gravatus, is non poterit ad requisitionem fideicommissarij particularis cogi adire, ex regula tex. in *l. nam quod* §. *non omnes D. ad Trebell.* ad quam *Bartolus*, & *Repetentes*, & ex illis *Grassus in* §. *fideicomm. quest.*2. *nu.*3. & *Mantica de coniect. lib.*7. *tit.*11. *n.*2. *Gallus de except. hære. tit.*4. *except.*23. *num.*80. *p.*2.

10 Rursus si non plures hæredes, sed plures fuerint fideicommissarij quorum alter alteri sit subrogatus, hæres autem adire nolit, & primus, aut secundus fideicommissarius non admodum de restitutione sibi facienda, aut tertio postea restituant, curant, utrùm ultimus fideicommissarius, ad quem tandè hæreditas perventura est, possit cogere? Respondeo affirmativè posse hæredem ad adeundum cogere, Sed non ideo posse etiàm fideicommissarios antecedentes; hinc omissis medijs ipsum hæredem adiget ad sibi restituendam hæreditatem: Ità *Bartolus in l. cogi* §. *si ego D. ad Trebell. Gomezius primo variarum resol. cap.*5. *num.*5. *Grassus in* §. *fideicomm. q.*43. *n.*8.

11 Cæterùm si fideicommissum à venientibus ab intestato relictum foret, & hos legitimos successores cogi etiam posse affirmant *Pragmatici* cum *Peregrino art.*45. *n.*13. *Intrigliolo cent.*1. *q.*42. *Gallo ubi supra except.* 21. post *Glossam*, *Cynum*, *Bartolum*, *Jasonem*, *Baldũ*, *Salycetum*, & *Castrensem in l.* & *si fine D. ad Trebell.* Sicut, & cogi potest hæres hæredis in casibus, in quibus hæreditas non adita transmittitur, dummodò, is hæres qui cogitur iam gravati hæreditatem adijsset, de quo videeosdem *Peregrinum*, & *Intrigliolum* locis suprà citatis.



CAPVT X.

Ad tex. in l. cogi 16. §. hæres D. eod. tit. ad S.C. Trebell.

SVMMARIVM.

1 *Fatemur & nos corruptum citatum text. sed aliter, ac Faber putat emendandum.*
2 *Exponitur ipsius textus sententia.*
3 *Error Fabri.*
4 *Potest dici favore libertatis permissa in proposito, servi coactio.*
5 *Asseritur Vlpiano tex.*
6 *Libertas causam piam privilegiatamque continet.*
7 *Debetur libertas etiam ex testamento minus perfecto, sed non ex nullo.*
8 *Debetur statim & si relicta sub conditione aliquid faciendi, & postea ad id exequendum officio iudicis libertus compelletur.*

1 **F**Aber hoc capite lectionem, & sententiã §. *si hæres l. cogi* 16. *D. ad Trebellianum* vexat. Nos tamen quanquam fatemur esse lectionem emendandam ne ex diametro *Vlpianus* se opponat *Papiniano in l. non est cogendus* 55. *eod. tit.* ad *Trebell.* Negamus tamen *Fabrianam* emendationem recipiendam; ea de causa, quòd si in illis verbis: *Si ego heres institutus, & rogatus sim Stichum manumittere, vel alius legatarius*, dispungas vocem *legatarius*, ut facit *Faber n.*6. Primò efficies locutionem mutilam, & mancam, prorsusq; *Vlpianea* elegantia indignam. secundò, & ob-

obscutam, & ambiguam teddes; nàm cum à principio non sit setiptum: *Si ego ex parte hæres institutus*: Sed simplicitèr *Si ego hæres*, non potest ly *alius* ad cohæredem referri, & potest ad alium quempiam, eò magis quod de cohærede nulla mentio facta est nullaq; conjectura adest; itaque aliam nos emendationem excogitavimus in *Suspicionum Libris* à quibus petenda.

2 At quo ad sententiam, illud in primis constat, quod *Vlpianus* in huc §. *penult.* concludat fideicômissarium, nempè *Stichum* manumissum, cogere hæredem posse, ut adeat, quamvis hæreditatem è manu Titii primi fideicommissarii sit accepturus, adeòque propositam decidat quæstionem, apertè, & perspicuè; nàm quod scriptum sit *possit*, non verò *posset*, aut *poterit* id levius est, quam movere nos debeat; cum sciamus quandoque Juris Consultos ita loquutos, sciamus, & in hoc quoque librarios errare potuisse, & *posse* pro *poterit* scribere; utcunque tamèn, non debuit pro notato errore integer textus destrul. Rursùs, ex hoc etiã *Fabrum* errare dignoscimus, quod ad sequentem §. *talis quoq; cajus* per trãsiens ex eo (Oeconomia textus inversa) vult propositam speciem in præcedentibus decidendam; cùm tamèn si prima cum ultimis confundat nullam sanam eliciat interpretationem, quinimò si qua foret, destruit, quò modo, quisque omnia Iuris Civilis Responsa, & absurda, & inepta reddere poterit, si quod partitè in illis scriptum est, in unum coacervaverit, vel reluctantibus verbis, & ratione; quod si ineptè à quibusdam, aut unus §. fuerit divisus, aut duo conjuncti, non ideò & nos ineptire cum illis debemus, præcipuè cum in contrarium libri omnes elament. Sanè vel cæcis patet, quòd si hos §§. distinctos, & separatos, diversasque etiàm species tractantes, insimùl confundas, & coniũgas monstrum efficies, pluraque contraria, & invicem pugnantia continere facies. sed hoc tentat *Faber*, non Tribonianus, aut *Vlpianus* fecète.

3 Causa tamèn, quæ *Fabrum* impellit ad hujusmodi ineptias, fuit quia durum ei visum est, quod in proposito, posset *Stichus* cogere eum ex cujus manu non erat accepturus hæreditatem; At non id durum visum fuisset, si ab *Accursio* potiùs edoceri, patientèr, quinimmò à *Papiniano in l. si patroni 55. §. qui fideicommissum*, quam tricas struère maluisset, didicisset enim, quòd hæres ejus periculo adibit in cujus tandem posse perventura erit hæreditas: Atqui in casu nostro ad *Stichum* perventura erat; ergò illius periculo erat adeunda: quod cum ira futurum foret, quid ni & cogere *Stichus* potuit, vel ex regulis vulgatis in hac materia. Neq; verba textus *quod si prior recusaverit facere*, cum generalẽ côtineant sẽtentiã restringi debent ad eum casum, in quo ideò permittatur secundo fideicômissario, ut cogere possit, quoniã primus id agere recusaverat siquidè ea non sie prolata a J. Consulto, ut unum illum casum taxent, & complectantur, scripsisset enim *tunc demùm placuit, &c.* ac etiam quia in specie *Vlpiani* dum posse, dicitur secundum fideicommissarium cogere, jàm supponitur primum recusasse, alioquin quis credat servum voluisse cum hærede Domini sui, idest cum Domino, aut Patrono suo coram Prætore contendere, si potuisset hoc ipsum quod petit, facilius, & servata verecundia consequi.

4 Quod si quis dixerit, favore libertatis relictæ, permissum, in proposita specie *Vlpiani*, ut *Stichus* cogere hæredem posset, non is rem improbabilẽ crederet; nã ex pluribus locis cõstat libertatibus similes à J. Consultis Imperatoribus favores concessi. Sanè vel in illo *D. Pij* Rescripto, de quo tot suprà, observari poterit, non solum *Tribonianum* proclivem in favorem libertatis, ut credit *Faber nu. 16.* fuisse.

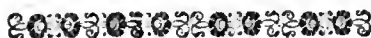
Prætereà in *l. qui duabus 30. D. de liberali causa* cum Iuris Consultus proposuisset, ut fieri solet, sententiam rigidiorem, deindè ad æquiorem descendit in vers. *sed commodiùs*. Et hoc passim factum in libris nostris, nemo ignorat, sicuti nec ignorat hunc stylum, & ordinem à Iuris Consultis servatum, nequaquam servasse *Tribonianum* qui statim, & à principio, quod ei videbatur, resecatis cæteris, proponit; de reliquo, quia non novum Iuris Consultis, quod libertas ad se servitutem trahat *l. judicasse 19. D. de re judicata, & l. servus 18. D. de vulgari*, rectè hic ideò scriptum *servum, cui ex parte fuerat libertas legata soluto pretio Domino ex reliquo in totum liberum fieri*, undè quod etiam *Justinianus* constituit in *l. 1. C. de servo comment. manum.* nequaquam novitèr induxit, sed à Iuris Consultis receptum confirmavit.

5 Denique eadem & majori fiducia qua *Faber*, *Triboniano*, nos *Vlpiano* asserere possumus citatum textum, cujus sententiam fuisse etiam constat *Marcianũ, & Marcellũ in l. sed si 55. §. sed si directa D. de fideic. libert.* cognoscimus.

6 His autem, quæ diximus suprà, illud quoq; ex *Pragmaticorum* traditis adijciendum est, quòd libertas nõ solùm bonum inæstimabile, sed causam piam, privilegiatamque continat, ut notat *Gratianus discept. cap. 801. num. 56. & cap. 803. num. 13. & Rubeus de testamentis cap. 5. num. 72.* ideòque plura in ipsius favorem introducta tùm ex sexcentis Juris Civilis locis dignoscitur; tũ & in Foro, & in
7 Praxi experitur, inter quæ & illud ut debeatur relicta etiam in testamento imperfecto ratione sollemnitatis, *Rubeus ubi supra cap. 5. nu. 5. & 19.*

& 19. alitèr si omninò nullum non idem. *cap.* 54. *num.* 247.

8 At si libertas relicta servis fuisset sub conditione aliquid faciendi, non erit suspensa, quousque fecerint; sed statim erunt effecti liberi servi, Iudicis tamen officio ad adimplendum quod eis iniunctum fuit compelli poterunt, ut *Gratianus* loco suprà citato *cap.* 803. *num.* 22. & alii animadvertunt.



CAPUT XI.

Ad l. qui ità 66. D. ad Trebellianum.

SUMMARIUM.

1 *Jam supra de sententia huius textus tractatum est.*
2 *Obiectio Fabri adversùs illum.*
3 *Responsio.*
4 *Altera obiectio reiicitur.*
5 *Defensio §. ultimi huius l. 66. adversus Fabrum.*
6 *Confirmatur defensio.*
7 *Asseritur decisio §.*
8 *Non semper præsumitur quod id quod Procurator facit, mandatu Domini faciat.*
9 *In contractu emptionis facta a Procuratore nomine Domini, præsumitur pecunia Domini fuisse.*
10 *Procurator Cæsaris, & fisci adeundo, vel cogendo ad additionem, non potest deteriorem conditionem fisci facere.*
11 *Potest ratthabitio Domini à Procuratore promissa, per præsumptiones probari.*

1 De sententia hujus legis jàm diximus suprà, quàdo de *l. apud Jul.* §. *utrū* tractavimus; sed repetenda aliqua hic sunt, ut *Fabri* nugas refellamus; Is enim cum intèr alia ideò putasset à *Triboniano* interpolatum *d.* §. *utrum*, quia adversabatur huic *l. qui ita* 66. §. 1. nùnc & hanc quoque interpolatam à *Triboniano* causatur.

2 Et primò obiicit huic §. quod Responsio illa *sed dicendum est, ut heres, qui suspectam dicat, non sit compellendus adire, si incertum sit, an mandaverit*, non benè propositæ quæstioni quadret, cum in hac aliud dubitaretur, nempè, an Procuratori hæreditas restitui possit.

3 Sed hujusmodi obiectio facilè dissolvitur; nàm si quis observet omnia responsa ad hunc tractatum pertinentia videbit à Juris Consultis, sic coniuncta hæc duo *cogere potest ad adeundum*. Et *potest ei restitui hereditas*, ut promiscuè quæri soleat, an *quis cogere*, & *an ei possit restitui*; Ea nimirùm ratione, quia cum non possit cogere is, cui restitutio non potest fieri, sequitur è contrà, ut is, cui potest fieri, possit etiàm cogere. Hinc in principio §. quæstio posita, an Procuratori hæreditas restitui possit, non aliò respicit, quam ut videamus an cogere ad adeundum Procurator posset; Quadrat ergò, & Responsio huius §. quæstioni quippè alterum ab altero pendet, ut diximus. Nec verùm est difficiliùs esse, ut hæres cogi possit ad adeundam hæreditatem, quàm ad restituendum, ut scribit *Faber nu.* 4. Etenim cum is possit cogere, cui sit quoque restituendum *l. nam quod* 14. §. *in omnibus D. ad Trebellianū*, sequitur tandem ipsam difficultatem, candemque facilitatem in utroque esse. Quod magis evidens fiet, si cōsideremus, quod sicuti in aditione periculum est, ne hæres implicitus remaneat oneribus hæreditarijs, ità & in restitutione, si facta ei non sit cui facienda erat, idem subit periculum, nàm in hoc casu nil agit, & implicitus quoque oneribus remanebit.

Porrò cum in hoc §. ut suprà diximus, de eo agatur, qui cum non constet, an Procurator sit, offerens de rato, vult admitti ad cogendum hæredem, in perpetuo æquivoco *Faber* est, putans eandem speciem, quam in §. *utrum* hic à *Paulo*, & ibi ab *Vlpiano* fuisse propositam.

4 Obiicit secundò *num.* 7. quædam adversùs verborum formulas; sed prorsùs frivola, & quæ semper ad id redeunt, quòd aliud sit quærere, an possit absenti Procuratori restitui, aliud an possit is cogere hæredem ad adeundum; hoc autem falsum esse diximus cum in proposito unum ab altero pendeat. Cæterùm si simplicitèr scripsisset *Tribonianus*, aut *Paulus*; *Sed dicendum est, heredem, qui suspectam dicat non esse cogendum adire* ut *Faber* scribendum existimat, utique hac assertione, & Responsa omnia, Iuris Consultorum, & Rescripta Imperatorum destruxisset: Si enim ex eo solo, quod suspectam dicat hæreditatem non cogendus sit heres, utiq; cogendus nemo, nam omnis qui recusat adire; recusat ideò quoniàm suspectam dicit, etenim sive injustè suspicetur, suspicatur tamen.

5 Sed transeamus cum ipso *Fabro num.* 7. ad §. ultimum ejusdem *legis* 66. nàm & illud *Triboniani* esse sibi bonus vir somniavit, scribitq; primò ineptam esse quæstionem, & impertinentem ad titulum; sed vereor, ne non potiùs ipse ineptiat sciens, & prudens, tùm quia dùm in §. præcedenti actum fuerat de Legato Romæ compulso adire, quæsitumque an Romæ cogeretur actiones pati fideicommissarius, nemo non videt quam optimè, & è re

subie-

subiecta fuerit quæstio, *an ubi defunctus conveniri debuit*, debeat & fideicommissarius, ideòque aut etiam quæstio §. *si legatus*, aut neutra impertinens est, tum etiam quia ridiculum erit asserere *Tribon.* ordinis perpetuò negligentem, quique (ut aiunt) pro libito sua supponebat, quæsijsse tamen, & anxiè in hoc Responso occasionem ex §. *si legatus*, ut subijceret hunc §. *ultimum*, & negare *Paulum* quæstionū feracissimū, & qui alteram ex altera perpetuò deducit, non id fecisse; & deoiq; quia non insoleos factum in præsenti, quod alijs in locis factum videmus, ita cognatione materiarum exposcente, & ne mutilare, aut per medium secare Iuris Consultorum respōsa oporteret. Cæterum nec adeò facilis quæstio erat, ut credit *Faber*, neque eadem cum illa, ubi hæres sit conveniendus; nam in hærede venit in controversiam domicilium suum, cum domicilio defuncti, in fideicommissario autem, tum suum, tum hæredis instituti, tùm etiam defuncti testatoris.

6 Scribit secundò *Faber* ineptiorem esse distinctionem, an hæres spontè adierit, nec ne, cum oon de hærede conveniendo, sed de fideicommissario tractaretur; sed Responsio in promptu. Primò, quia non sic loquitur Iuris Consultus, ut haoc distinctionem admittere voluisse videatur; secundò quod esto admisisset, poterat adhuc aliquid interesse in quęstione de fideicommissario, an hæres spontè, an coactè adijsset; nàm si coactè adijsset, videbatur in eo loco conveniendus fideicōmissarius, quem ipse elegit in cogendo hæredem. hinc in §. *antecedenti*, qui Romę adire coegit Legatum, & Romæ cogitur actiones pati, hoc autem si spontè adijt hæres, non posset dici de fidei commissario. Insupèr cū ibi rectè quis defendatur, ubi conveniri possit *l. non tamen* §. *ult. D. iudicatum solvi*, quis non videt quam propriè loquutus sit J. Consultus, cum dixit *an tribus locis defendi debeat*, & quam malè *Faber* id mordeat *n.* 18.

7 Denique appositè propositam quæstionem decisam nemo non observat, cum legit quod *oporteat ibi fideicommissariū conveniri, ubi vel domicilium habeat, vel maior pars hereditatis habetur*; nàm & domicilium, & locus rei sitę ita decidendum expostulabat, & quidem res sita, quia forum quem sortiri ratione rei palam est, ex regula in *l. si susceperit* 32. *D. de iudicis l. actor ult. C. ubi in rem actio*, & ex pluribus DD. coacervatis à *Carlevalio*, & rectè expensis *disp.* 1. *de iud. q.* 3. quod autem *Faber* ait de personalibus actionibus hic quæsitum divinatiuum prorsus est, nam actione in rem fideicommissarius conveniri potuit, & potuit in his terminis quæstio proponi, & decidi cum generaliter quæsitum est, ubi sit fideicommissarius conveniendus, ut ratio ipsa suadet.

8 Sed quia quid Nostri existimant ad speciē huius *l. qui ita* 66. §. 1. *D. ad Trebell.* iàm dictum fuit *c.* 7. ouoc adijciendum, primò, quod præsumptio non sit, quod ea quæ à Procuratore gesta sunt, fuerint nomine Domini gesta, eiusque maodato, ut *Repetentes* cum *Bartolo in l. post dotem num.* 11. *D. soluto matrimonio, & Jasone, & alijs l. cum Procurator nu.* 1. *de novi op. nunc.* & *Pragmatici* cum *Ruino cons.* 72. *num.* 34. *volum.* 2. *Silvano cons.* 8. *n.* 1. *Grato cons.* 96. *num.* 11. firmarunt, quod tamèn rectè declarat, & distioguit *Soccinus senior cons.* 154. *num.* 15. *vol.* 1. quamvis

9 apud quosdā invaluerit, ut in contractu emptionis (si Procurator rem emat nomine domini) videatur ex illius pecunia emisse, licèt id non expresserit, quod *Mascard.* firmat *conc.* 611. *num* 10.

10 Secundò adijciendum certum esse in fisco, quod si Procurator Cæsaris adit (aut quod idē est) cogat adire, ut sibi restituatur hæreditas, id nullitèr agit, oisi Cæsaris sivè fisci faciat meliorem conditionem, ut ex *Cepolla* idem *Mascard.* adootavit *concl.* 49. *n.* 2.

11 Sed quoniam plerūque Procuratores quædam ot tales gerunt, & de rato cavere solēt, ut evenit in specie huius *legis* 66. §. 1. *D. ad Trebell.* & posteà dubitatur an ratificaverit Dominus, nec ne? adijciendum quod per præsumptionem possit ratificatio probari, sivè præsumi ot idem qui suprà *Mascardus* ostendit *in concl.* 1161.



CAPVT XII.

Ad §. tempestivum l. ille, à quo 13. D. ad Trebell.

SVMMARIVM.

1 *Fabriana confessio.*
2 *Eius prima oppositio diluitur.*
3 *Item, & secunda.*
4 *Item, & tertia.*
5 *Item, & quarta.*
6 *Item, & quinta.*
7 *In Consule, aut Pratore non distinguenda, in proposito, publica a privata persona.*
8 *Defenditur Cuiacius iniustè a Fabro reprehensus.*
9 *Quid Interpretes, & Pragmatici.*
10 *Quælibet persona etiam in dignitate potest cogi ad adeundam hereditatem.*
11 *Pater gravatus cogetur adire à filio fideicommissario.*

12 *Qui*

12 *Quæ sint necessaria, ut fideicommissarius cogere possit gravatum.*

1 NOscit se ipsum *Faber*, videtque, hos posteriores præsertim libros, non ut proposuerat expositionibus, & interpretationibus, sed convicijs in *Tribonianum* refertos; Nec tamen mutat sententiam, sed obstinatè in malè semel admissa permanet.

2 Disputat itaq; hic adversùs §. *tempestivum l. ille, à quo* 13. *D. ad Trebell.* aitque primò, intempestivè potiùs, quàm tempestivè in *d.* §. propositum de illo, qui cogere possit; nec vidit, aut noluit videre, quod cum in multis locis antecedentibus actû fuisset de eo qui cogi posset, remanebat agendû de eo qui cogere, ut fatentur doctissimi viri, & præsertim eruditissimus *Gothofredus*. Insuper nõ vidit, quod scripta in §. *sequenti, ab hoc* §. *tempestivum*
3 traxère occasionem, non ei dedère, ait Secundò jam satis suprà expressum, quod Prætor is sit, qui cogit fideicommissarium adire; & tamen responsionem ipsemet adduxit *n.* 4. dum fallusibi est, quæstionem hic esse dumtaxàt in Magistratibus, à quo nempè is, qui in Magistratu est cogatur, & sanè hæc quæstio non poterat ex his, quæ generalitèr fuerant dicta, decidi. Cæterùm cum nemo ignoret ex Responsis sexcentis Juris Consultorum solere eos proponere quæstionem, deinde illam, vel statim, vel paulatim ad species dubitabiliores restringere, nemo non etiam ridebit nugas sub *n.* 4. propositas.

4 Tertiò vexat illud *intempestivum* tãquam insolens Juris Consultis; omninò iniustè, nã elegantissimum est, & significantissimum; & in pluribus alijs juris nostri locis usurpatû. sic & in *l.* 25. §. *conductor D. locati* viceversa *Culturam intempestivam*, idest non suo tempore factam dixit J. Consultus vexat. Rursùs verbum *perquirere*, quòd nunquam alibi usquiam scriptum fuerit *pro quærere, & disputare*. Cum responderi possit quod quamvis hoc verbo perquirere in hoc eodem sensu usos plerosque bonos authores constet; eo tamen hic usus Juris Consultus non fuit, siquidem tum *Florentina Pandecta*, tum *Gothofredi*, tum vulgatæ, habent requirere ut in *l. facta* 63. §. *hæres à te hoc tit. ad Trebell.* quem locum si à *Triboniano* quoque corruptum censetur *Faber*, indicabit alios *Brissonius de verbor. significatione lib.* 16.

5 Quartò scribit *num.* 5. variatam in hoc §. quæstionem, & cum quæsitum fuisset, per quẽ quis cogatur adire, & deindè restrictum quæsitum, per quem, Consul, aut Prætor cogatur; tandem differitur, an cogi possit adire, & restituere. Sed libidine impugnandi fallitur *Faber*; non enim observat idipsum quæri in his duobus quæsitis, *per quem cogatur Prætor institutus adire, & an cogi possit Prætor institutus adire*, quippequod si cogi non poterit, non erit à quò cogatur, & vice versa si non est qui cogat, cogi non poterit.

6 Quintò invehit in decisionem quæstionis, *& dicendum est Pratorem quidem in Pratorẽ, vel Consulem in Consulem nullum imperium habere, sed si jurisdictioni se subijciant, solet Prætor in eos ius dicere*, & primò opponit, quod scribi debuit *solere Pratorem*. Sed hic error si modò talis est: (quis enim, vel audacissimus *Grammaticus* legem ponit Juris Consulto, ut una, eàdemque periodo duo dicat, ab unoque verbo regat,) poterat apponi librario transcribenti. Secundò conatur captare verba citata; cum tamèn textus per se clarus, eum refellat; quis enim nõ videt ad propositam quæstionem decidendam adductâ à Juris Consulto generalem regulam, qua dicimus *Prator in Pratorem, &c. Consul in Consulem, &c.* ut ex ea deducat, non posse Magistratum Magistratum cogere; quod autem Prætores fideicommissarij cogerent, non Consules, ad rem non facit; nàm Regula, ut dixi, assumitur à Iuris Consulto, ut erat composita, atque usurpatur ijsdem verbis quibus constituta.

7 Sextò sub *num.* 8. invehit adversùs sententiam, & de causa quærit, cur Prætorem, & Consulem, cogere nequeant Prætores, qui de fideicommisso cognoscunt, cum in hac re, de qua agimus censendus sit Consul, aut Prætor, qui cogendus venit tanquam privatus.

Nec observat, quod si admitti posset, ut distingueretur in Prætore, aut Consule publica persona à privata, sequeretur posse in ius vocari; nàm vocatur tanquàm privatus, non tanquam Prætor; Et tamèn hoc generalitèr prohibitum in *l.* 7. *de in ius voc. l. nec Magistratibus l. nam* 4. *D. de in ius vocando*, & ad omnia alia adigi, ad quæ privati adiguntur; nàm adigeretur tanquam privatus. hoc autẽ non admittitur, quia Maiestatem Populi Romani tantam esse voluère ut non pareretur, personã illam, quæ Magistratu fungitur, posse ab æquale imperium habente, cogi ad aliquid faciendû. Cæterùm quod Principes ipsi soleant privato iure adire, & restituere *l. cum heredes* 7. *C. qui testamentum facere possunt*, poterit quidem suadere Prætoribus, & Consulibus, ut Principis exemplo se subijciant Jurisdictioni: at non faciet, ut cogantur, sicut nèc ut cogantur ad sententiã ferendam cum arbitri fuerint electi *l.* 3. §. *ult. & l.* 4. *D. de receptis arbitris*, & nulla ratio diversitatis est; dùm eadem Populi Romani Majestas ubique coactionem prohibet. Nec verum quod sententia ab arbitro Prætore lata maioris sit authoritatis, quoniam si extrinse-

cam

cam existimationẽ consideremus, evenire potest, ut privatus maiori bonæ conscientiæ fama præditus sit, & æquior, iustiorque ipso Magistratu vulgò existimetur. Si legum vim attendamus, vel eo quod Prætor hic tanquàm arbiter pronunciat, quod privatus facit, par in utroque est authoritas, & utcunq; jàm cõstat Maiestatem Populi Romani esse, quę impedit, ut ne in his, quidem quæ privati Juris sunt tanquàm privati habeantur; Undè eis negatum generalitèr est, in his, quæ sunt voluntariæ jurisdictionis posse Collegæ se submittere; ideòque apud se manumittet Consul, nõ apud Collegam *l.4. de manumissionibus l. 18. de manum. vindicta*, de quibus alibi à nobis fusiùs dictum est, ubi & observavimus quod dicitur in *l.unica in fine D.de off. Consulis* sic explicandum, ut Consul minor probare quidèm possit causam apud Collegam, Sed apud se manumittere debeat, quanquam esto vera sint omnia, quæ *Faber* hic congerit; quia tamén illa habent locum cum Magistratus spõtè se subiicit, ut in his Juris lucis de hac re tractantibus proponitur, non debet ex his illud deduci; ergò cogi potest Magistratus adire, & restituere, quando tot adversùs obstant, ne id dicamus: Hinc *Marciani* Responsum in *l. 5. D. ad Trebell.* explicandum est, ne aliis adversetur, de his, qui magna quidèm præditi sunt dignitate, & authoritate, at non sunt in actu in Magistratu, & si olim fuère; hos enim constat etiam præditos magna dignitate, nempè Consulari; & magna authoritate nẽpè magna existimatione; nàm authoritas hic ut & alibi pro existimatione ponitur. Non nego tamèn ex dicto tex. in *l. 5.* Rationem dubitandi Iuris Consultum in hoc nostro §. *tempestivum* habuisse.

8 Denique pro coronide adiiciamus magna cum iniuria *Jacobum Cujacium* repræhendi à *Fabro num.* 10. quòd in *Novella de hæred. & falcidia* scripserit id, quod *Marcianus* respondet in *l. si legatus* 30. *§. ult. D. ad Trebell.* de hærede privato, non de Principe intelligendum; iniuria sanè nàm si textum legas statim vides verum esse quod *Cujacius* monuerat: de hærede instituto etenim sermo est, & quod adijcitur *Sed & si sine ulla perceptione Rogatus fuerit hæreditatem restituere, plerumq; quarta donata est a Principibus*; non ità interpretandum, ut intelligamus Principes eos esse, qui donant; sed esse qui condonant, qui remittunt fideicommissario, ut voluntas testatoris servetur.

At quoniam quarta hæc, quæ fideicommissario donaretur, ab hærede eriperetur, id faeit, ut non sempèr hoc servandum sit: Sed *plerumque*, ut Juris Consultus loquitur, eum scil. magna subest causa, quæ id admittat. Porrò misera quidèm esset hoc Principum liberalitas (si de ipsis cum *Accursio* interpretandus §.) nam donarent plerumq; quod scitũ testatores noluisse percipere: expectando testatoris prohibitiones, ut remittant, quod alioquin retinuissent.

9 Sed quanquàm *Faber* coniecturis utatur: constat tamèn textum hunc in §. *tempestivum* planum esse, & famigeratum apud *Interpretes*, & *Pragmaticos*, qui ex eo deducunt vulgatissimum *Brocardicum*, quód par in parem non habet imperium, & multò minùs quis in seipsum, de quo *Alexander*, & *cæteri Repetentes*. Item & *Ioannes Weber* distinctionum *Bartoli* 991. & *Cacher. decis.* 193. *num.* 6. alijque penes *Reusnerum*.

10 At ad materiam propiùs deveniendo, illud adnotandum erit ex Nostrorũ sentẽtia, quidquid *Faber*, aut alij dixerint in adversum, quód cum de coactione ad adeundum tractetur, poterit Princeps, aut quilibet alius, licet in magna dignitate constitutus, aut fiscus cogi ad adeundum ut posteà restituat, id quod probatur tùm ex *hoc* §. tùm in *l. Marcellus §. fin. l. & recusare l. sed & qui D. ad Trebell.* ut latiùs de hac re post alios disserit *Intriglsolus cent.* 1. *quæst.* 32.

11 Insupèr & si Pater gravatus foret restituere poterit & à filio cogi ut plerique existimant, quicquid de minore maiorem non cogente, dictum sit cum *Peregrino de fideicomm. art.* 45. *num.* 10.

12 Illud etiam prædictis adiiciendum, quod non solum fideicommissarius cogere poterit adire, ut restitutio ei fiat; sed è contrà aliquando se opponere, ne gravatus possessionem rerum hæreditariarum cõsequatur, eritq; tùnc legitimus cõtradictor, si ei verbalis saltem restitutio facta fuerit, ut latè docuit *Argelius de leg. contradictore qu.* 2. *art.* 11. *n.* 254. aut si possideat, vel de suo iure statim doceat vide eundem *quæst.* 10. *art.* 4. & nos alibi.

Sanè si non scripto sed hæredi venienti ab intestato, se fideicõmissarius opponeret, tria requiri Nostri adnotant, ut audiatur. Primò, quod ipse fideicommissarius possideat. Secundò, quód non vitiosè, sed legitimè possideat. Tertiò, quòd incontinenti de iure suo possit probare, & ità docuit *Rota Romana apud Seraphinum decisione* 83. *par.* 1. docuit, & ex ea *Cons. Staybanus in obser. ad resolut.* 99. *ad numerum* 76. quæ verò *Regens de Marinis* scribit *lib.* 2. *quotid. cap.* 8. posse fideicommissarium rerum in fideicommisso compræhensarum possessionem nancisci ex se atq; eandem sibi adversus hæredes defendere, cautè legenda desunt, neque admittenda, nisi urgeant omnia illa adminicula quæ ipse in casu suo ponderavit, nam alioquin receptissimas nostrorum traditiones, quinimò & Regulas *l. restituta, & l. facta* cum similibus *D. ad Trebell.* protsùs destruent.

CA-

CAPVT XIII.

Ad §.ult.l.facta 63.D.ad Trebell.l.si non lex 83.§.1.D.de hæred.instit. l.tractabatur 14. D. de mil. testamento.

SVMMARIVM.

1 *In hoc capite adversus tria Responsa disputat Faber, & primo adversus §. ultimum l.facta 63.*
2 *De mente,& dispositione l.Elia sentia.*
3 *Pertinet ratio legis etiam ad eum qui servum substituit.*
4 *Ostenditur,& confirmatur.*
5 *Faber seipsum jugulat.*
6 *Rursus insurgit adversus tex. in l.si non lex §.1.*
7 *An lex Elia de fideicommissarijs libertatibus loquuta.*
8 *Servus substitutus necessarius hæres futurus.*
9 *Sed quomodo? Explicatur.*
10 *Differentia inter speciem Cai, & speciem Rescripti Severi Imperatoris.*
11 *De tex. in l.tractabatur D. de milit. testamento.*
12 *Quid Repetentes.*
13 *Pragmatici plura de fraudis præsumptione.*

1 IN hoc uno capite tria Iuris Consultorum Responsa destruere conatur *Faber*. Et primùm quod *Gaij* est in *l.facta 63.§.ult. hoc tit. ad Treb.* sub eo prætextu, quòd cum lex Elia permiserit ei qui solvendo non est, servum cũ libertate hæredem scribere dum alium hæredem habere non potest, non debuit ex hoc inferri, quod defendenda quoque sit libertas servo substituto data; nàm vel ex eo quod testator hæredem alium habuit, beneficio *legis Eliæ* uti non potuit.

2 Verùm contrà huiusmodi, & similes à *Fabro* excogitatas cavillationes, occurritur einsdem *legis Eliæ* mente, & dispositione observata; Cum enim ratione dominij liceret dominis (qui & si ære alieno gravati, nihilominùs domini) servos suos manumittere; opus fuit, miseris creditoribus succurreretur, lege lata providere, ne manumittendo fraudarent, quod sancitum sub Augusto Elio Cato, & Sentio Saturnino Cõsulib. constat ex *Suet. in Aug. cap.4.* nam provisum, ut (quia auferri dominium, & proinde authoritas manu-mittẽdi à dominis non poterat) si hi ære alieno gravati manumisissent, libertates datæ impedirentur; atque ità impediente lege, eorum validitatẽ ipso iure nõ valerent, ut ego existimo, licet esse sciã qui hoc negãt, & rescindendas à Creditoribus velint cum *Broeo, & Pacio* in marginalibus notis *ad principium inst. quibus ex causis manumitt. nõ licet*, quorũ sẽtentiã nõ ideò placet, quia in principio dicti tituli scriptum (*Is, qui in fraudem Creditorum manumittit, nihil agit; quia lex Elia sentia libertatem impedit*; Et nihil agere non dicitur qui à principio aliquid agit licet postea actus rescissioni expositus. Cæterùm noluit lex idipsum admittere cum dominus, quem instituat alium hæredem non habet, ideòque servum hæredem scribit; Nàm non vetavit huic instituere illum, & ita liberum facere, ea scilicet de causa, ut hæredem paterfamilias habere possit.

3 Hæc autem causa, cum ità militet si quis non habeat quem scribat, quam si habeat quidem, sed talem qui hæres esse nolens, ejus providentiam irritam reddat, placuit quoque, & huic eandem concedere facultatem, ut in easu quo scriptus hæres talis esse nollet atq; ita sine hærede remaneret, possit servum cũ libertate hæredem habere, ut edocemur in §. *licet autem Domino* in citato *instit. tit.* verum enim est utroque casu, quod nemo alius ex eo testamento hæres sit, quod illud est, quod *Vlpianus* exquirit in *fragmentis tit.1.§.14.*

Hinc in specie §.*ultimi l.63.*cum à testatore ære alieno gravato scriptus hæres extraneus quidam fuisset, eique Servus testatoris substitutus, & hæres adire recusaret, conclusit *Gajus* ex sententia legis habendus servus, ac si solus fuisset institutus.

4 Insupèr quod testator, de quo nunc agimus, voluerit servum substituere potiùs quam à principio instituere, non ideò privandus est beneficio legis, nil enim mali admisit si desideravit potiùs hominem liberum, Civemque Romanum, quàm servum sibi succedere: nil etiàm mali creditoribus intulit, quos sequutus bonam fidem, vel pretio unius servi fraudare noluit; idq; ut ita eveniret facere tentavit alium potiùs quàm servum hæredem instituendo, & hùnc dumtaxàt substituendo, cum aliud agere non posset, sanè vel idem *Faber* fatetur *n.10.* æquissimum fuisse in hac specie provideri ad conservandam non solum libertatem, sed & reliquam defuncti voluntatem; ideòque ad hanc rem novum Senatus Consultum sub *Hadriano* factum, & de hoc loquutum *Scevolam in l.si non lex §.1. D. de hæred. instit.* Sic ergò manus dare incipis, mi

5 *Faber*, & iàm non oppugnas decisionem textus sed dumtaxàt quod in ea dicatur ex sententia legis fieri, id quod factum esse verè ex

S. Consulto, & in hoc quoque tuo gladio te jugulas nàm infrà *n.* 12. dum plura infarcis, vel invitus fateris hunc Senatus Consultum sequutum legis mentem fuisse, quod sanè verum est & adeò verũ, illud circa *legem Eliam* factum, eius mentem potissimum expressisse, ut Juris Consulti quandoque eundem cum *lege Elia*, & hanc cum illo coniungant, & inter eos æquivocent, ut egit *Vlpianus in l. unica §. fin. D. de off. Consulis* in qua Senatus Cõsulto iniunctum scribit minoribus, ut causam manumittendi probarent, cum tamèn hoc à *lege Elia Sentia* fuerit statutum *l. si minor* 102. *D. de leg.* 1. *l.* 16. *C. de lib. causa*, à qua & causę manumittendi designatę *§. eadem lege instit. quibus manum. non licet*; & è contrà idem *Vlpianus in fragmentis tit.* 1. §. 14. dum scribit ex pluribus servis institutis primo loco scriptum liberum, & hæredem futurum, subiungit quod & ipsum *lex Elia* facit, Et tamèn hoc factum à Senatus Consulto apertis verbis pronunciat *Scevola* in citata *l. si non lex* 83. §. 1. *D. de hered. instit.* Itaq; nil mirum quicquid obstrepet Faber *n.* 13. si *Gaius* à Sen. Consulto statutum quod ex mente legis statutum erat & ex mente legis factum fuisse scripserit. Cæterum non desunt viri doctissimi, qui neq; illud admittant, quod tàm securè pronunciat *Faber*, & nos ut verum supposuimus; nẽpè *Gaium* librorum de fideicommissis authorem, vixisse post *Adriani* tempora, quoniam observant *Gaios* duos fuisse; unum illum quem, *Gaium Cassium in l. 2. §. huic D. de orig. iur.* appellavit *Pomponius*, & *Servij* nepotẽ, & auditorem aiunt fuisse, quinimmò, & Consulem cũ *Quartino*, (quànquàm de Consulatu dubitet *Lipsius in comment. ad Tacitum*) alterum verò fuisse illum *Gajum* juniorem, quem *Gaium* nostrum passim dixit *Justin.* & veluti contẽporaneum scriptorem, citant *Priscianus*, & *Boetius*, & hunc faciunt institutionum Authorem. Sed quanvis hæc ut dixi viri docti tradiderint, & ego concedam duos *Gaios* fuisse attament cuius eorum fuerint hæc vel illa scripta, non audeo affirmare, ut nec ausus est *Berardinus Rutilius* diligens scriptor.

6 Secundò sub *num.* 13. insurgit *Faber* advesùs *Scevolam* in citata *l. si non lex* 83. §. 1. *D. de hered. instit.* nam cum videret suas nugas refelli in illo tex. apertissimis his verbis (*Idem servandum in his, quibus per fideicommissum libertas data fuerit*) statim à *Tribonian.* addita esse clamat, eodem prætextu quo suprà, nempè quia lex *Elia* de libertatibus directis sit loquuta, Senatus autem mentem, & voluntatẽ legis secutus sit; quis hic non hominis levitatem miretur? paulò antè reprahendebat *Gajũ*, quod ex mente *l. Eliæ* factum dixisset, quod à Senatus Consulto fuerat constitutum, atq; ità Senatus Consultum longè diversum à lege voluit; nùnc reprahendit *Scevolam*, distinguentem quia Senatus idipsum, quod *lex Elia* scivit. Cæterùm nemo non videt utrumque stare posse, nempè quod Senatus mentem legis, & voluntatem sequutus fuerit, & quod non prorsùs, idipsum dumtaxat, sed & quędà magis, ac magis expresserit, aut etiã suppleverit; nam ad hoc S. Consulta fieri vulgatum est, ut & ipse *Faber* fassus est *num.* 11. undè exibilanda huiusmodi argumentatio, lex de libertatibus loquuta non est, ergò neque Senatus.

7 Quamquam nec & illud constat, quod hic tanquàm certum assumitur, legem scil. *Eliam* non esse de fideicõmissis libertatibus loquutã, quando ratio suadet oppositum; siquidem lex *Elia* quanquàm vetverit manumissionẽ, attamèn Civis Romani famæ, & existimationi, vel post murtem, consultum voluit, & cũ ad hanc rem institutio servi cum libertate conferret sivè directè facta, & data sivè oblique, oportebat tum directam, tum fideicommissariam institutionem permittere; nam & qui fideicommittit opus est ut hæredem habeat, & si non alius adsit, servum proprium, ut ita hæredem habeat, alioquin non habitutus; ad hoc ut illius substituti periculo, institutus adeat, & illius præcedente coactione adeat, servus enim coget *l. si res aliena* 5 a. §. 1. *D. ad Trebell.* utcunque tamen se res habeat, & sivè à lege, sivè à Senatu circa fideicommissarias liberrates provisum fuerit, certum est æquissimam, & necessariam fuisse provisionem, & ideò si *Tribonianus* eius fuisset Author, jactabundus homo, ut fertur, non tribus verbis sub *Scevola* nomine eam nobis proposuisset, sed benè longa constitutione in Codice, præfatus à se provideri, ubi deficientes leges, & manca S. Consulta, ubi magna ęquitas, ubi necessaria provisio forent.

8 Porrò, & illud observandum est, quòd servus, cui hæreditas per fideicommissum, & libertas data est, necessarius hæres domino erit, quod probatur apertissimè ex *l. ait Prator* 7. *sive l. & si sine dolo §. sed quod Papinianus D. de minoribus*, ad quam cum nun advertisset *Faber*, nescio quid hic comminiscatur *nu.* 17. quasi quod non satis sit ad hoc, ut necessarius hæres fiat servus, quod eodem tempore, quo hæres fit, liber etiam fiat, atque itá uno intuitu & hęreditatẽ consequarur & libertatem, ad
9 præscripta in *l. Servus* 76. *D. de hered. instit.*
Sed dices necessarius quò modo erit? an ità ut omnes fideicommissarij sunt, qui postquã adire coegerunt hæredes scriptos, necessariò in se suscipere hęreditarias actiones tenẽtur? Respundeo nequaquàm ideoq; allucinatum *Fabrum n.* 20. Sed necessarium futurũ, & vocari in eo sensu, in quo passim in iure nostro filijfamilias citrà beneficium Prætoris, & servi

alij, necessarij hæredes dicuntur; nam necessitas non ex eo quod ex post facto evenit desumitur, quoniam ità fideicômissarij omnes, qui coegerunt institutos, forent hæredes necessarij, quod nunquàm à Juris Consultis dictum invenies; Sed ex eo, quod à principio fuit, unde ipsi servi à principio obstringuntur & ad cogendum in primo gradu scriptos, & ad suscipiendam post coactionem restitutionem hæreditatis. Primum peculiariter ad eos pertinet, facitque illos necessarios, commune alterum illis est cum cæteris.

Tertiò, ut suam sententiam de corrupto à *Triboniano* §. huius *l. facta* 63. quoquo modo asserat, *Faber*, invertit *Vlpiani* Responsum, & *Severi*, & *Antonini* Rescriptum in *l. idem est* 13. *alias l. neque* §. *cum miles D. de milit. testamento*; nam ex quo ibi scriptum *cum miles in testamento suo servo libertatem dederit, eidemque, & à primo, & à secundo hærede per fideicommissum hæreditatem reliquerit, quamvis, & primus hæres, & substitutus, prius quã adierint hæreditatem mortem obierint, non debere intestatum exitum facere Imperator noster* eum *D. Severo* rescripsit, *sed perindè habendum, ac si eidem servo libertas simul, & hæreditas directò data esset, qua utraque ad eum pervenire testatorem voluisse negari non potest.* ait *Faber* morum *Tribonianum* fuisse ad *Gaj* textum interpolandum, sed quis non miretur hominis desultoriam levitatem? dixerat prius huic speciei de servo per fideicommissum substituto, & liberum esse iusso, non à *lege Eliæ*, sed à *Senatus Consulto* sub *Adriano* facto provisum, & nunc scribit provisum à *Triboniano* qui à *Severi*, & *Antonini* Rescripto sumpsit exemplum.

10 Rursùs existimat *Tribonianum* adeò oscitantem, ut non videret, quàm longè diversa species sit illa, quam *Vlpianus, Severus*, & *Ant.* tractarunt in *d. l. idem est* 13. ab hac, de qua *Gaius* in hoc §. *ult. l.* 63. cum etiam cæcis pateat ibi apud *Imperatores* quæsitum, utrum hæreditas per fideicommissum à milite data, possit directò valere, hic autem apud *Gaium* utrum servus eius, qui solvendo non est, pee fideicommissum substitutus possit cogere hæredem ad adeundum sibique restituendum; & proindè non licere ab una lege ad alteram, argumentum duci, præcipuè si verum quod idem *Faber n.* 31. notari vult, quod in casu Rescripti non tractabatur de eo milite, qui fuerit non solvendo, ut tractatum apud *Gaium* de testatore est.

11 Denique absolvit hoc caput *Faber* disputans adversùs *Marcianũ* in *l. tractabatur D. de milit. testam.* cuius Responsum dicit quoque à *Triboniano* confictũ; statim tamèn refellendũ, ex eo patet, quod si verum est motos fuisse *Imperatores* ad succurrendum militi ex repentini casus iniquitate, quæ emendari par erat, non solum ex militari privilegio, ut ipsemet *Faber* scribit *num.* 30. sequitur, vel ex hoc, necessarium fuisse *Paganis* quoque succurrere, si tale quid eis acciderit; nisi dicere velimus eundem casum repentinum, & iniquum militibus, *Paganis* verò non item censendum, quod ridiculum est. planè quod milites sint maiori favore digni faciet ut distinctio in ipsis non admittatur, quæ admittitur in *Paganis*, at non faciet, ut perpetuò paganis exclusis ipsis solis succurri debeat, præsertim cum ad voluntatem cõservandam in hoc casu Juris Consulti, magis quam ad militare privilegiũ, ut aliàs respexerint; hinc concludendũ est, in paganis quoq; locum habere Rescriptum, cum ignoratè testatore, aut statim eo mortuo casus acciderit, dicẽdumq; Rescriptum, quia non solum favore militum latum, sed etiam ad emendandam, ut dictum est, repentini casus iniquitatem; ex primo capite pertinere indistinctè ad milites, ex secũdo admitti in beneficium paganorum, si ratio subsit, cum scilicèt illis ignorantibus, aut statim post eorum mortem casus evenerit; & ex his remanebit assertum J. Consulto citatus textus in *l. tractabatur* quàquam ex scriptis *num.* 30. appareat non constantem in nugis suis *Fabrum* remansisse.

12 Porrò ad *l. facta* 63. §. *ult. D. ad Trebell.* scribunt *Repetentes* post *Bartolum*, & *Alexandrum* ibidem, & ad *l. si quis locuples D. de manum. vindicta*, quod servus fideicommissarius potetit & ipse gravatum cogere, ut adeat, & si à domino fideicommissum, & libertas ei fuerit relicta qui solvendo non erat; habent enim pro certo omnes, quod exceptio *legis Eliæ Sentiæ* loquentis de servo hærede instituto ab eo, qui solvendo nõ est, pertineat quoque ad servuum illum, qui licèt non in primo gradu institutus, vocatus tamèn ad hæreditatem per fideicommissum fuerit in secundo, vel ulteriori gradu.

13 Ex his autem, quæ hic, & libris *institutionum* scripta sunt de servo ab eo, qui non est solvendo instituto, & creditoribus eius & ex his quæ ab *Interpretibus* explicantur in §. *licet, & in* §. *in fraudem d. tit.* solent Nostri quinimmò, & *Neoterici* inter quos *Arnoldus Vinnius* plura de fraude, atque præsumptionibus, quibus fraus arguitur, aut obfuisse, demonstratur disserere, quanquam ferè omnia collegisse ad materiam jàm olim visus sit *Mascardus de probat. cap.* 814. & *sequ.*





CAPVT XIV.

Ad l.si Titio 61. D. de leg. 2. l. 1. §. ult. D. de leg. 3. l. 2. §. ult. D. de suis, & leg. hæred. l. 4. C. ad Trebell.

SVMMARIVM.

1 *Qui tractant de materia repetitionis legatorum.*
2 *Distinctio in proposito adhibenda.*
3 *Fabri primus error.*
4 *Item, & secundus.*
5 *Item, & tertius.*
6 *Item, & quartus error.*
7 *Constitutio in l. unica C. de caducis tollendis lata post Editionem digestorum.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Pragmatici hanc quæstionem volunt ex coniecturata mente testatoris pendere.*
10 *Hæres ab hæreditate restituenda deducit legata, & solvit.*
11 *Legatum præstandum post mortem hæredis gravati, adhuc ab eo solvendum erit.*
12 *Plures limitationes ad Regulam de præstatione legatorum ab hærede facienda.*

1 IN hac quæstione de legatorum repetitione plura, & varia scripsère *Interpretes* Antiqui, & *Neoterici*, eorum etiam sententias, & rationes retulère *Duarenus lib. 1. de iure accrescendi cap. 1. Osualdus in Donello lib. 7. cap. 12. & Valenza lib. 1. illustr. tract. 1. cap. 13* At ego paucis meam sententiam exponam, *Fabrianam* refellam.

2 Ego itaque, ut plerique sentiunt distinguendum arbitror, utrum portio ex vi substitutionis, an verò accrescendi iure pervenerit: Et primo casu, teneri substitutum ad onera, nisi contraria testatoris voluntas appareat existimo, non solum ex Rescripto *D. Pij*; ut edocemur ab *Vlpiano in l. licet Imperator 74. D. de leg. 1.* sed etiam ex sententia J. Consultorum antè Rescriptum obtinente, ut ex infrà citatis locis cōstabit, quod & ratio exigit quæ oritur ex testatoris subintellecta voluntate, dum substitutum vocans, ad onera vocasse quoque videtur. Secundo autem casu, si portio accreverit, quoniam non ex testatoris voluntate; sed ex legis potestate, accresceret absque onere eam obvenire Juris Consulti antè Rescriptum Responderunt, ut probatur ex *l. Titio, & Mevio 61. §. Julianus D. de leg. 2. & l. 1. §. cohæredis D. ad legem falcidiam*, quo in loco *Proculum* retineo, quicquid *Cuiacius* alitèr velit, & ex eo infero non solum *Proculianos* ità sensisse; sed quosdam etiam ex *Cassianis*, inter quos *Julianus* erat, ut adnotatum est à Paulo in illis verbis taxativis, *qua in specie Proculo Julianus assentitur*; quod scio non inusitatū; nàm ut à plerisq; observatum est quandoque Juris Consulti ex una secta ad alteram transierunt.

Cæterùm quamvis ita sentierant J. Consulti, Rescriptum *Divi Pij* oppositum statuit, atque ità etiam in hoc casu eum onere portionem accrescere voluit, ut in citatis locis *Vlpianus, & Paulus* testantur.

3 His ità positis constat errasse *Fabrum*. Primò dum etiàm post Rescriptum (mutata priori sententia) contendit, portionem accrevisse sine onere. errasse sanè, nam quamvis verum sit Juris Consultos ita sentijsse, contrà tamèn à *D. Pio* iussum esse apertissimis verbis ijdem Juris Consulti testantur. Nèq; moveri debuit ex eo quod scriptum sit plerisque in locis ex Rescripto *Divi Pij* repetita legata à substituto fuisse, & deducere, ergò non ab eo, qui venit accrescendi jure, nàm substitutus non est. Etenim ità loquuntur Juris Consulti, & factum dicunt à *Divo Pio*, non quia hoc solum in suo Rescripto iusserit, sed quia omnes, qui in portionem alterius succederēt pari jure, & veluti substitutos censeri voluit, ideòque ut repetita habenda ab eis legata, quod *Vlpianus, & Paulus* ubi suprà testantur, & *Dioclet. & Maximil. in l. non insta 4. C. ad Trebell.* idve tàm apertis verbis, ut protsùs ineptite videantur, qui divinando asserere velint, dumtaxat de substitutis esse loquutum Rescriptum.

4 Constat secundò in eo quoque errasse *Fabrum*, quod à *Justiniano* primum, credit sancitum in *l. unica §. pro secundo C. de caducijs tollendis*, ut onera etiam accrescerent ei, ad quem portio deficiens accrevisset, nec observavit longè diversum esse, quod *Justinianus* ibi sanxit ab eo, quod *Pius*; voluit quidèm, hic legata repetita censeri ab eo, qui jure accrescendi veniret; sed tunc voluit cum repudiata foret portio à cohærede, non cum caduca effecta, aut in causa caduci: in his enim casibus ad Fiscum ex *lege Papia* spectabat ad quē tū voluit idem *Pius* cum onere pervenire, nam adeò hanc Repetitionem tenere omnes volebat, ut nèc Fiscum ab ea eximeret, ut videre est apud *Vlpianum in fragmentis tit. 17. de caducis §. fin. Justinianus* verò etiam in casibus supradictis exclusò Fisco statuit accrescere ad coniunctum, vel hæredem, aut remanere apud eum à quo relicta forent, ut ità *legi Papiæ* in totum derogaret, qua de causa novam illam Cōstitutionem (longè post vulgatas Pandectas, ut infrà dicemus) emisit.

Rur-

Rursùs quoniàm voluit in his casibus, cum onere accrescere portionem ad portionem, poterit dici quod hoc etiā novitèr statuit; sed tamē ad exemplum Rescripti *Divi Pij*: & in speciebus suis, nempè in illis in quibus Fiscū excluscat, alioquin à *lege Papia*, & à Rescripto admissum; de reliquo ideò *Vlpianus in d. l. Titio, & Mevio 61. D. de leg. 2.* exemplum in parte repudiata posuit, quia suo tempore partes caducæ, aut in causam caduci ad Fiscum devolvebantur, ut memini me quandoque audivisse ab eximio illo Viro Regente, & Marchione *D. Antonio Joannes Centelles*, qui ubiq; terrarum summa cum laude in conspicuis Magistratibus gerendis fidem acquirit Elogio, quod nostræ Hispaniæ proprium fecit *Claudianus* dum cecinit:

Hæc generat qui cuncta regant.

5 Constat errasse tertiò *Fabrum*, dum sub *num.* 19. & sequenti insurgit adversùs §. *ult. l.* 1. *D. de leg.* 3. aliàs à se pessimè emendatum *lib.* 4. *coniect. cap.* 15. & duos errores in uno admitrit, primum, quod textum sic explicat, ac si negatione sublata, affirmativè esset conceptus, cum tamèn non ità esse libri omnes demonstrent, & ratio perspicua quæ nos vetat mutare receptam lectionem, convincat. secundus error, quoniàm *Triboniani* esse dicit Responsum illud, quando adeò apertè in eo dignoscitur *Vlpiani* stylus, vel in modo illo loquendi *Imperator noster* quo ipse frequentèr, nunquam *Tribonianus* utitur, quicquid blateret *Faber*, adversùs quem & rex-in *l.* 2. §. *ult. D. de suis, & leg. hæred.* defendimus *lib.* 6. *cap.* 14.

6 Denique constat etiam *Fabrum* errasse in expositione *legis non iusta* 4. *C. ad Trebell.* nam cum ab illa apertissimè destrui sua figmenta cognosceret, ut vitaret, nesciо quàm substitutionem expressam intèr cohæredes, sibi fingit *num.* 28. quasi quod verisimile sit ab Imperatore omissam huiusmodi substitutionis mentionem, dum ea porissimùm faciebat, ut irà rescriberet. Quamquàm ut & suprà diximus ideò simplicitèr dici solet Rescripto *Antonini* effectum, ut legata ab instituto censeantur repetita à substituto, quoniàm eo Rescripto omnes succedentes in alterius portionem ad instat substitutorum redacti sunt; dum ab eis, veluti à substitutis, censeri voluit Imperator repetita onera, ità explicans, & supplens testatorum voluntates, dum contrariæ non apparerent *d. l. licèt Imperator* 74.

7 His adiiciam pro coronide, ut magis *Fabri*, an harum coniecturarum vanitatem detegamus, quod nullo modo evenire poterat, ut *Tribonianus* Responsa supraciitata corrumperit, nàm nisi Propheta nedum Juris Consultus fuerit, non poterat divinare de Constitutione extante in *l. unica C. de caducis tollendis* (ad quam respexisse eum credit *Fab.*) quandoquidem prædicta constitutio mulrò tempore post compilationem, & editionem Digestorum, quæ contingit *Iust. Aug.* 3. *cons.* 17. *Kal. Januarii anno* 533. lata fuit, nempè *Just. Aug.* 4. *& Paulino VII. Consl. Kal. Jun. anni* 534. nempè si editionē Digestorum plures post menses, si compilationem libri trigesimi, & sequentium, in quibus sunt Responsa, de quibus hic ad minùs post duos annos lata.

8 Sed quamquàm de legatorum repetitione agunt *Repetentes* omnes tùm in *l. licèt Imperator D. de leg.* 1. tùm alibi: attamèn qui ex eorum dictis meliora scire velit, adeat *Gomezium variarum resolutionum cap.* 10. *a nu.* 27.

9 *Pragmatici* autem in proposita quæstione varij sunt ea de causa quod illam pendere quoque velint ex coniecturata testatoris voluntate, juxta quam nùnc affirmant, nùnc negant deberi à substituto legata, quæ ab instituto relicta fuot, ut videre est penès *Peregrinum de fideicomm. art.* 4. *num.* 17. *& art.* 16. *à nu.* 54. *Manticam de coniect. lib.* 8. *tit.* 2. *à n.* 15. *Menochium lib.* 4. *præsumpt. cap.* 108. *& Mascardum de probat. conclus.* 1171. à quibus quid in Foro servandum sit peti solet.

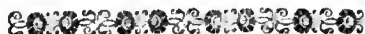
10 Illud verò certum apud omnes, quod si dubitatio sit inter hæredem, & fideicommissarium, potiùs hæres legata præstare, quàm fideicommissarius tenebitur, eo quod Regula est præsumi ab hærede præstanda legata testatorem voluisse: *Bartolus, Baldus, Aretinus, & similes apud Alexandrum cons.* 139. *num.* 2. *lib.* 1. & *Pragmatici* cum *Menochio* ubi suprà *præsumpt.* 131. *nu.* 4. *Mantica lib.* 8. *tit.* 2. *Mascardo conclus.* 1137. non teneri tamen de suo hæredem, sed de bonis hæreditatis illa præstare inconfesso est apud omnes ex *Peregr. d. art.* 4. *num.* 17. quamvis dubitaverit de hoc *Eugenius cons.* 16. *num.* 1. Et hinc cum utcunque de hæreditate legata solvantur, parùm refert, an hæres, an verò fideicommissa-

11 rius solverit; quod si in controversiam venerit quid dicendum, si legatum relictum ità sit, ut præstari testatur post mortem hæredis voluerit, adhùc hæredem, sivè gravatum præstare debere dixerunt *Mantica, & Menochius* ubi suprà post *Bartolum, Baldum, Imolam, Jasonem, Soccinum* citatis locis, & *Alexandrum cons.* 170. *lib.* 2. *Curtium cons.* 53. *num.* 7. *lib.* 1. *& Decium cons.* 581. *num.* 8. Et si in adversum disputent *Surdus cons.* 92. *num.* 13. *lib.* 1. *& Peregr. dicto art.* 4. *num.* 20.

12 Regulā autem prædictam, ut solent Nostri pluribus modis limitant, præcipuè si fideicommissum purum fuerit, statimque præstandum; nàm restituta statim hæreditate fideicommissarium ipsum legatarij convenient, non hæredem ex *Glossa in l. ult. C. ad Trebell.*

Cra-

Cravetta conf. 16. *num.* 1. *Peregr.* & *Mantica* ubi suprà. Itèm nisi bona fide, & si ad diem, aut sub conditione, gravatus, hæres antè diē, aut aotè conditionis eventum restituisset *Alciatus responso* 179. *lib.* 9. *Surdus conf.* 92. *nu.* 10. *lib.* 1. Itèm nisi hæres coactus adijsset, ut suprà diximus, & *Peregr.* firmat *d. art.* 4. *n.* 1. Et deoique (alijs omissis limitationibus) nisi nominatim à fideicommissario relictum legatū proponeretur, vel jussus hæres fuisset retenta quarta integram hæreditatem restituere, ut post *Repetentes* docet *Gabriel conf.* 173. *lib.* 1. *Menochius de præsumpt.* 131. *Peregr. d. art.* 4. & *Fusarius de fideicom. sub. quæst.* 521. alijque.



CAPVT XV.

Ad l. Pater meus 29. de leg. 2. l. 1. §. quod ex substitut. & §. si cohæredis D. ad l. falcidiam.

SVMMARIVM.

1 *In hac materia sunt distinguenda plura jura.*
2 *Quid inspecta l.* 12. *tabularum.*
3 *Quid lege Papia.*
4 *Quid Antonini Rescripto.*
5 *Quid Constitutione Justiniani.*
6 *Explicatur §. ubi l. pater* 29.
7 *Respondetur ad Fabri obiectionem.*
8 *Fabriana emendatio, aliorum fuerat.*
9 *Explicatio l.* 1. *§. cohæredis D. ad l. falcidiam.*
10 *Reicitur Fabriana ratiocinatio.*
11 *Refellitur Faber.*
12 *Quid Pragmatici.*
13 *Quod accrescit, teneri restituere gravatum volunt.*
14 *Relicta a filio præstat substitutus pupillaris.*

1 UT quàm longè à verò discedat *Faber* in suis conjecturis ad *l. pater meus* 29. *§. ultimo D. de leg.* 2. *ad l.* 1. *§. quod ex sub.* & *§. si cohæredis D. ad l. falcidiam*, lucidiùs demonstremus, Oportet quædam Repetere ex his, quæ alibi diximus. Nempè distinguere tempora, & jura, investigando quid per ius *legis* 12. *tabularum*, quid per ius *legis Papiæ*, quid per *Rescriptum Pij*, & deniq; quid per jus novum *Iustinianeum* obtinuerit, in materia, de qua agimus.

2 Et primò si ius *l.* 12. tabularum inspicias, sivè prudentum Interpretationē ad illud adhibita, invenies statutum, ut pars deficiens, vel repudiata ad coniunctum accresceret, & sine ullo onere, itèm ut si ab hærede (non enim tùnc temporis à legatarijs ut neque ab hæredibus, fideicommitti poterat, non adhùc fideicommissis introductis) aliquid fuerat relictum, legato postmodùm quocunque modo detecto, apud eundem remanebat, ut ex pluribus Iuris nostri locis, & ex *Vlpiani* fragmentis, præcipuè sub *tit.* 18. colligi potest.

3 Secundò si legem *Papiam* attendas, dignosces ab ea, quod generalitèr *lex* 12. sivè prudentum interpratatio statuerat, id solùm quo ad filios, & parentes intactum, relictum, at in cæteris sublatum, statuens fiscum viodicare partes deficientes, ut refert *Justinianus* in sua Constitutione *de caducis tollendis in princ.*

4 Tettiò, si consideres Rescriptum *Antonini*, invenies ab illo iussum, ut legata, & ooera relicta ab instituto, repetita censerentur à substituto, idq; generalitèr, unde, ut magis, ac magis testatorū volnotates servarētur voluisse succedentes ab intestatò, sivè accrescendi, jure teneri, itē voluisse, fiscum cum suo onere bona caduca vindicare, ut expressis verbis. Nos *Vlpianus* docet *in fragmentis tit.* 17.

5 Deoiq; *Iustiniani* totiès citata Constitutio denuò jus 12. tabularum renovavit, generalitèr iubens (fisco excluso) partes ad coniunctos accrescere, & relicta apud eos, à quibus fuerant remanere. Cæterùm temperamentum ex Rescripto admisit, & cum suo onete accrescere voluit, & remanere, ut in *d. l. unica C. de caducis tollendis* videre est.

6 Ex his autem intelligimus quid illud sit quod scriptum est in *§. ult. l. pater* 29. *de leg.* 2. in illis verbis *pars ejus, à quo nominatim relictum est accrescit: non præstabit legatum, quod jure antiquo capit*. Intelligimus nempè, non teneri filium ad legata relicta ab illa portione quæ accrevit, eo quod ipsam iure antiquo capit, eo scil. iure, quod ex prudentum Interpretatione, & *lege* 12. tabularum fluxerat, qua non teneri qui succedit in partem alterius ad onera illius partis, statutum erat.

7 Quòd si opponas cum *Fabro num.* 3. aliud esse filium capere iure accrescendi deficientem portionem cohæredis, aliud verò capere legatū, quo deficiens portio fuit onerata, Responsio in promptu erit. Et primò dicā, *Fabrū* æquivocare à dictione illa *quod* delusū; nàm credidit relativam ad legatum, & tamèn adverbalitèr explicanda fuerat pro *eo quod* ut passim illam Juris Consulti usurpant. Deindè adijciam, quod utcunque, sivè partem deficientem accipiat, sivè legatum apud se retineat filius, aut parēs, id seper iure antiquo facit. hinc, demùm observandum volo quod potest ex eadem causa pars deficiens accrescere, & legatum retineri: singas institutum à Patre filium, & Titium; à Titio autem

tem

tem legata centum Mævio, si Titius antè testatorem, aut antè apertas tabulas decesserit, defecta pars filio accrescet, idq; iure antiquo, & rursùs hic filius non præstabit legatum relictum à Titio ex eadem ratione: quia partem illam iure antiquo cæpit; hoc autem cum perspicuum sit, non opus est cum *Fabro n.4.* speciè ponere de duobus filijs institutis, quādo nulla ex parte textus id conijctari potest, quioimmò ab eo oppositum propter modum loquendi, *pars ejus, a quo nominatim relictum est*, elicitur; hęc enim extraneum potiùs præsferūt quàm filiū; multò minùs etiam opus erit textum emendare, & pro *jure antiquo capit* scribere *cadit*, id est intercidit, oàm illud capit stat indefinitè, & in hoc sensu, ut significet filium legatum non præstare, eo quod iure an-
8 tiquo capit. Cæterùm non sileam quod emēdatio hæc, quam ut suam nobis veodir *Faber* in inscriptione hujus capitis, & *num.7.* antiqua est, & ab alijs olim excogitata, adeò, ut & in plerisque libris fuerit scriptum *cadit*, non ut in Floreotiois, & melioribus *capit*, proposuit etiàm illam *Julius Pacius cent. 6. quæst. 14. in tit. de legatis.*

9 Sed transgrediamur ad *l.1. §. si coheredis D. ad l. falcidiam* in ea retractata sententia, speciem illam tractari scribit sub *num. 13. Faber*, quæ & io *§. quod ex substitutione*, nempè in qua cohæres fuerit quoque substitutus, fatetur tamèn in eo diversam unam ab altera speciem, quod in hoc *§. si coheredis* cohæres substitutus antequàm suam portionem agnosceret deficientem cohæredis partem ex substitutione sibi vindicavitat in *d. §. ex substitutione*, priùs suam partem hæres institutus, & substitutus agooverat, deindè alteram sivè deficientem, sivè repudiatam.

10 Sed fallitur *Faber*. Nam in hoc *§. coheredis* nequaquàm de cohærede substituto agi, vel stupidis ootum sit, nisi stupidus J. Consultus, qui illud siluerit ex quo potissimùm movebatur; contextus etiàm diversitatem intèr unam, & alteram speciem præsefert, & qui cōfundere conatur, confusus est. Rursùs commentum illud, quod aliqualem diversitatem inducetet, nil habet in quo se possit substinere. His accedit, quod prorsùs ineptum est fingere hæredem, itemque substitutum partem cohæredis sibi vindicasse, suam autem neglexisse, & omisisse, eò magis quod ut I. Consultus proponit, cohęredis pars exhausta oneribus, sua integra erat. Et denique si de hærede substituto tractaretur nulla esset ratio, cur tantoperè agitata quæstio, & intèr magni nominis Juris Consultos fuisset, & cur *Paulus* adeò in ea anceps, ut non veram diceret sed probabiliorem *Proculi* sententiam ausus fuerit, quando de cohærede substituto paulò antè scripserat fiducia plenus, & tanquam de re incontroversa differuerat; ergò dicendum est tractari in hoc §. de portione ex vi Juris accrescendi obventa, non ex substitutione; & verbum *vindicaverit* non adeò rigorosè accipiendum, sed quodammodò impropriè; nisi dicere velimus ex facto vindicationem obveoisse, & cohæredem bona fide, quod sibi omninò obveoturum sciebat, vindicasse.

11 Sed *num. 20.* redit *Faber* ad quæstionem in principio hujus capitis, ac in superiore propositam, conaturque eam ad sui libitum decidere tùm ex *l. cogi 6. §. ult. D. ad Trebell.* tùm ex *l. si res aliena §. 1. D. eod. tit.* & tamèn ptimò suam explicationem ad *d. l. cogi* taoquàm veram assumit, quàm falsam esse *cap. 9.* demonstravimus. Secundò nō advertit, quod textus in *l. si res aliena*, potiùs adversum ipsum facit, eò magis, quod circà præsentem tractatum Juris Consulti non magnam differentiam constituant intèr libertates, & extera onera, sed sic passim loqui solcāt *legata, & libertates debentur, legata, & libertates non debentur*, atque ità innuete non multum ex iure speciali alias pro libertatibus inducto se moveri. his accedit quod dato quod in *d. l. si res aliena §. 1.* Juris singularis fuerit habita ratio, ex hoc sequetur non rectè ad decidendam propositam quæstionem adduci, & ideò sicuti non pro nostra sententia, ità nèc pro *Fabriana* textum facere. Denique quod tandèm asseverat *Faber*, nempè verba illa *iure antiquo capit, in l. pater meus 29. Triboniani* esse ridiculum est; etenim cum constet jus antiquum esse ius illud, quod ante legem *Iuliam*, & *Papiam* obtioebat, ut ex *Vlpiani* fragmentis edocemur, constet etiàm id scivisse *Tribonianum*, nam io *d. l. unica C. de caducis tollendis* legimus. *Et cum lex Papia jus antiquū, quod ante, in omnibus, &c.* quomodo poterit existimari in hac *l. pater meus* ipsum *Tribonianum* ius antiquum ignorasse illudq; posuisse pro iure, quod ante Justinianeam Constitutionem obtinebat? Accedit ut *Fabrum* vel suo gladio iugulem, si ius antiquum dicitur in proposito comparatiooe facta ad ius *Justinianeum*, dum hoc tempore, quo responsum *Celsi* proponebat nobis *Tribonianus* latum adhùc nō fuerat, Prophetā existimabimus, & cæteris hominibus maiorem *Tribon.*

At relictis disputationibus his qui in scholis versantur *Pragmatici* statuunt Regulam ex hac *l. unica §. ubi autem C. de caducis tollendis* quod pars perveniens iure accrescendi ad coniunctum, ad illum pervenit cum suo onere; ideòque legata, & fideicommissa præstabit, ut *Mantica de coniect. lib. 10. tit. 3. num. 16. & Fusarius quæst. 723. num. 3.* post alios testantur.

12 Hinc ea quæ iure accrescendi hæres cōsequutus fuerit, teneri etiam restituere Nustri con-

contendont post *Grassum in §. fideicom. q.48. n.4. Gomezium variar. tomo 1. cap.5. num. 19. Surdum cons.458. lib.4. Mantica lib.7. cap.6. num.8. Intrigliol. de Pretis*, aliosque cum quibus latè *Fusarius, ut solet qu.654.*

Addunt quoque, quòd legata relicta à filio instituto censentur Repetita à substituto pupillari, ut apertè responsum esse volunt in *l. si fundum sub conditione §. si pater D. de leg.1 & in l. nō solum §. liberto D. de liber. legata* post *Bartolum, & Ripam in l.2. n.4. de vulgari, & Menochium 4. præsumpt. præsumpt.108. nu.38.* & reliquos.



CAPUT XVI.

Retinetur recepta lectio in l. 1. §. penult. D. de his, qui in testamento delentur.

SUMMARIUM.

1 *Defenditur, & explicatur clausula illa, jure facta videri.*
2 *Item illa si fortè sit substitutus.*
3 *Asseritur ultima clausula §.*
4 *Quid Interpretes.*
5 *Quid Pragmatici.*
6 *De eo qui acta falsificavit.*
7 *De Actuario.*
8 *De eo qui aliquid falsificavit sine causa.*
9 *De eo qui testamentum occultavit.*
10 *De falsitate commissa in privata scriptura.*

1 ET si ad excludendas *Fabri* corruptiones, potius quā coniecturas, cuiusmodi ea est, quā proponit ad *§. pen. l.1. D. de his, qui in testamento delentur*, satis foret librorum omniū fides, & unanimis consensus, attamèn ne, quas prætexit nugę Tironibus, aut quibus novandi prutitus est quadoque imponāt, operę pretium erit aliqua non adversus illas investigare. & Primò modus ille loquendi quem carpit ipse Faber *Jure facta videbitur* optimus est, ut nemo non videt quoniam cum de ademptione tractetur, quæ in facto consistit, eo sensu dicitur *jure facta*, quo si scriptum esset *jure adempta* ideoque non opus cum *Accursio* vocem *ademptio* subintelligere, aut
2 supplere. Secundò verba illa, *ac si forte sit substitutus*, sensum quoque habent bonum, nempè ipsum Juris Consultum non solum quæstionem proponere in eo casu, in quo substitutus non adsit, sed etiam in eo, in quo adsit, nempè in casu difficiliori, & in quo videri posset ab instituto adempta hæreditas, & substituto data.

3 Tertiò nec ultima illa verba §. *antecedentis, sed Consulto, &c.* invertenda, & trasponenda, ut *Faber* facit in principium sequentis §. ex eo convincitur, quod nemo adeò suavis, ut de eo dubitare velit, quod si alius, invito testatore, incideret, aut deleret tabulas, non idcircò denegabuntur actiones; hoc enim *Dioclet. & Maximil. in l. si nunc 12. C. de testamentis*, monueraot, & *Ulpianus* ipse paulò antè in eiosdem *legis principio* dixerat, ibi *sivè ab ipso, sivè ab alio, sed nolentibus*. sensus itaque erit prædicti §. (quicquid sibi velit *Accursius*,) quòd si testator (ad hunc enim diriguntur verba) hæreditatis portionem delevetit, vel totam hæreditatem, etiàm si adesset substitutus, adhùc ademptio iure facta videbitur, sed ità facta, ut non data à principio videatur. Et sanè cum quis ab eo, quem instituerat ex asse portionem solum hæreditatis ademerat, poterat dubitari, an ademptio iure fuisset facta, quoniàm non per partes adimi hæreditas quæ integra data fuerat posse videbatur. Itèm, & id ipsum poterat videri dicendum, si adempta quidem in totum hæreditas, sed substitutus adesset, quoniam non solum ab instituto, sed à substituto quoque adimi debuit. At utroque casu cōtrà concludit Juris Coosultus, & videri non datam hæreditatem à principio ait, idest videri institutus, à quo portio adempta, non ex asse institutus, sed tantum in portione relicta, itemque, institutus, cui datus substitutus videri non institutus.

4 Sed vulgares *Interpretes* post *Accursium* credunt in hoc §. *& hereditatis penult. l.1. D. de his quæ in testamento delentur*, tractari de hærede, itemque de substituto, qui tabulas testamenti deleverint, eosque ideò privati affirmant omoi commodo hæreditatis; quæ tamen interpretatio, & si non apta, & accommodata ad hunc textum, veram aliàs continet sententiam, nam sive hætes, sive fideicommissarius, sivè substitutus deleat testamentum, privatur commodo hæreditatis, vel substitutionis *l. Paulus resp. scribente 48. D. ad Trebell. l. penult. D. de his, quę &c. l. non dubiū 5. C. de leg.* quod, & *Faber* fatetur *nu.2.* dedit
5 tamen ansam *Pragmaticis*, ut passim adnotarent, eum, qui scripturam alienam deleverit, perdere commodum consequendum ex tali scriptura, ad quod adducunt, *Bartolum, & Baldum ad l. Labeo, & in l. post factum D. de pactis.* Rursus ex hoc nasci contendunt, ut causam perdat qui acta falsificavit *l. in fraudem §. neque instituta D. de iure fisci l. Paulus D. ad l. Corneliam de falsis, Portius cons.7. Vantius in tractatu de nullitatibus, ex defectu processus n.14. Peregr. de iure fisci lib.7 tit.3.*

*tit.*3.quod & Canonistæ admittunt *in c.cum alia*, ubi *Felinus*, *& Panormitanus ext. de*
7 *off.deleg.*Cæterū si Actoarius,& ActorūCustos acta falsificaverit, ut falsarius punietur, *Grămaticus dec.*23.*Vrsillus ad Afflictum dec.*404
8 *num.*4. Quod si deleverit quis testamentum, aut aliam scripturam, sine tamen causa, aut fine, tunc quia sine causa falsitas committi nō solet, dicetur non subiacere eum pœnę falsariorum, sicut nec qui falsificaverit id quod neq; ipsū neque alios juvare potest, aut nocere, ut elicitur ex illa *dec.*2. *Rota Romane in* 3. *par.* 5. *decis. diversorum*, quæ affertur à *Riccio collectanea* 183. quod velim intelligas si deletio, aut laceratio, vel combustio fuerit facta citrā fraudem, & dolum, ut *Farinacius* advertit *dec.*15. cum alioquin sciamus
9 quod si quis dolosè testamentum alicuius deleverit, similis illi est qui occupavit, & deletio, aut occupatio hæc faciet ut teneatur delinquens eius, in cuius beneficium testamentū factum erat resarcire omnia damna, item ut possit lege Cornelia de falsis puniri *l. locum* 3 §. *condemnatio cum similibus D.de tab.exhib.l. Julianus* §.*ult.D.ad exhib.*committatque delictum adeo exosum legibus, ut valeat à quocūque de populo accusari, nam ius publicum lædit *l.qui testamenta* 2. *l. Paulus* 16. *D. ad legem Corneliam de falsis l.eum qui celavit* 14. *C.eodem. Reg. de Marinis resol.*1. *cap.* 183. *n.*7. Quod aliquando ex facto admissum scio urgente diligentissimo fisci Patrono, quod munus gaudeo dum hæc scribo obtinuisse *D. Januariū Andreas*, virum in jurisprudentia vera ac in bonis literis excultissimum, atque ingenio, eloquentia, & Nobilitate præcellentem.
10 Illud verò ambiguum est inter *Pragmaticos* an in scriptura privata falsitas committatur, si quid in ea corrumpatur, vel abradatur, & affirmat *Riccius* ubi supra, & decisum refert in *decis. Archiep.*183.in contrariū negaverat *Tesaurus dec.*171. cui tamèn opponit *Ricc.* textum in *l.Paulus* §.1. *D. de falsis*, nec advertit, textum illum non admodùm quod ipse credit probare; etenim & si pronūciet primò generalem assertionem illam *lege Cornelia teneri omnes, qui etiam extra testamenta cætera falsa signassent*: attamèn se ad scripturas publicas, aut quæ vice publicarum sunt, se restringit, nēpè ad Rationes, tabulas, literas publicas, aliave similia, quod *Glossa* jam olim vidit, & ex ea *Tesaurus* dom ad *dictam l.* respondit sub *num.* 4. quod scripturæ, de quibus *Paulus* loquitur, erant publicæ, saltem ratione publici interesse.



CAPUT XVII.

Ad eumdem tit. de his, quæ in testamento delentur.

SVMMARIVM.

1 *De materia huius tit. Antiqui, & Neoterici scripsère à quibus Faber.*
2 *Fabriana ratio coincidit in Accursianam.*
3 *An Agnatus qui legitimus successor, indignus possit appellari.*
4 *Expenduntur verba tex. in l.*3.*D.hoc tit. aliter quam a Fabre exposita.*
5 *Cur in eius specie opus nova Imperatoris provisione.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Si mutatio non est circa substantiam non delebit legatum.*
8 *Ademptionem esse favorabilem Nostri dicunt.*
9 *In Cancellatione distinguendum, quo animo sit facta.*
10 *Id ex coniecturis probari posse.*
11 *Comprabendet ea tantum in quibus facta est.*
12 *Plura ad materiam.*
13 *An præsumatur legatum factum ad pias causas consultò cancellatum? Negativè Respondetur.*

1 Antiqui omnes, & præsertim *Castrensis* plura de ademptione, & inductione scripsère ad hunc *tit.de his, quæ in testamento delentur*, plura etiàm *Neoterici*, & eorum Princeps *Jacobus Cuiacius* in peculiari commentario ad illum. Ex his *Faber* quædam decerpsit, & verbosissimum hoc caput composuit.

Et quidem ad *nu.usque* 16. non aliud agit, quàm ea, quæ *Castrensis* tradidit aut resarcite, aut explicare; quamvis potiùs impognare ea videri velit. A *num.* deindè 16.usq; *ad finem* plora congerit; ut diximus ab alijs jam tradita.

2 Sed observandum primò, qood cum novam, & ab *Accursiana* diversam, quandam rationem adducere conatur *Faber*, eandem illam quæ *Accursiana* erat adducit; quoniam in illam, quæ affert coincidunt, est enim idem dicere Fiscum admittendum, eò, quod in locum hæredum succedit, quàm fateri ius adeundi ad hæredem pertinere, uti dicebat *Accursius*, fiscum tamen exercere, & vice hæredum sibi hæreditatem vindicare, & ideò

non ex proprio jure fiscus veniet; sed ex jure illorum hæredum, quorum nomina fuerunt inducta, illi tamen, neq; possent adire, neq; adirent, ut ab eis tandem Fiscus auferat hæreditatem, nam unica illa ratio quæ ius tribuit fisco ut in eorum locum succedat prohibet quoque ne ipsi adeant, & ne fisco opus sit ut auferat, dum à principio, & recta via, quanquàm ex eorum jure, sibi vindicabit hæreditatem. Nec novum in iure est, ut quis habeat quidem actiones, sed non earũ exercitium, ut habeat ius directum; sed impeditum adeo, ut alius ex eo possit rem vindicare.

3 Observandum secundò est non benè *Fabrum* scripsisse sub *n.* 21. etiam agnatum indignum existimatum, & uti talem exclusum, quippe cum legitimo agnato nullum ius sit, quotiès civis Romanus condito testamento decedit, nil est, à quo excludatur, nil io quo indignus dicatur aut tractetur, lex enim quæ legitimum successorem ad hæreditatem vocat, tùnc vocat cum quis decedit intestatus eo autem viveote, non vocat, eo testante non vocat. Cæterùm is, qui testatur, cum non instituit agnatum proximum, non magis eum existimat indignum quam existimat omnes illos, quos posset instituere, idest cives omnes Romanos, cum quibus testamenti factio est; quod autem testato potiùs, quam in testatò decedere voluerit id non ex eo fecit, quod legitimos successores existimaverit indignos, aut excludere voluit, sed quia potestate à lege sibi attributa uti, fruique legis beneficio maluit, nec habet undè queratur legitimus successor quoniam illi cum decedens testatur nullum ius est, competit enim primò potestas Civi Romano, ut possit decedēs de rebus suis testari, deindè competit jus agnato, ut possit succedere, si ille intestatus decesserit. hinc cum ille utitur iure suo, huic nullum ius nascitur, & eodem modo se habet respectu testatoris legitimus successor, ac quilibet alius extraneus, qui posset institui: ideoque non magis indignus existimandus quia non institutus, quam existimaretur quilibet alius Civis Romanus testabilis, & qui posset institui.

Ex his autem descendit primò legitimum hæredem admittendum esse non solum cum decedens testatus non fuit, sed etiam cum testari quidem voluit, & cæpit, at non perfecit testamentum, & ratio io promptu; nàm verum est, & hoc secundo casu intestatum decessisse eum, ideòque locum esse legis provisioni, qua legitimus hæres ad successionem intestati vocatur, quanquam si voluntatem testatoris cum *Fabro* exquirere velimus, utique in hoc casu quoad voluntatem testatoris attinet, jàm successor legitimus ab intestato fuisset exclusus, saltèm ut talis, quia jam testati decedens volebat, sed cum, quod voluerit solum nõ sufficiat, sequitur quod ad exclusionem, vel inclusionem legitimi successoris lex ipsa potissimum operetur, non testatoris sola voluntas, ut credit *Faber.*

Descendit secundò, quod si quis instituèrat aliquem in solemni testamento, & deindè eiusdem nomen induxit, & deleuit adhùc testatus videbitur decessisse, non tam habito respectu ad cætera, quæ in eodem testamento sunt, quam habito respectu ad hæredem ipsum quem instituendo, fecit ne legitimo successori locus foret, & postea eius nomen delendo fecit, ut fiscus in ipsius vicè admitteretur jura hæredis repræsentando in eius; locum succedendo, sublata tantũ hæredis persona, quæ indigna à testatore judicata est. hinc huic defuncto non partim testato, partim intestato succeditur, sed omninò ex testamēto; nàm Fiscus hæredis jura occupat, & remota persona, non institutione remota, aut hærede, succedit, & ideo in hac *l.* 3. *D. de his qui in testamento delentur*, ad Fiscales obiectiones illas, quod non videatur voluisse testamentum valere qui nomina hæredum omnium induxit, & quod non possit testamentum ullum valere, quod hæredem non habeat; Responderi facilè poterit, primum falsum esse, nàm qui nomina hæredum induxit, non ostendit se nolle hæredem, & nolle testamentum habere, sed ostendit se nolle personam instituti, quem indignum judicat habere hæredem; hinc cum in ambiguo sit, quem alium velit, Legislator fiscum præposuit. Secundum non militare, nam habet testator, & testamentum, & hæredem, licet nõ habeat illum, quem ut indignum exclusit, aut illum, quem non expressit, sed fiscũ habeat qui hæredis iura consequitur ex legislatoris provisione.

4 Tandèm devenit *Faber* sub *n.* 38. ad postrema verba huius *l.* 3. *D. de his qui ut indignis*, vultque ea de suo hærede instituto accipienda esse, nec videt non rectè huiusmodi interpretationem ad ipsa adaptari posse, nam de servo cui libertas data fuerat, non etiam hæreditas tractant; Nec argomentum deductũ ex eo, quod in superioribus legis partibus actum sit de hærede, & hæreditate, firmum est: tum quia non ideò sequitur de servo libero esse iusso, non etiam hærede scripto tractari non posse: tum etiam quia dum in hac *lege* tractatũ de legatis fuerat, debuit, & quæstio adijci de libertate directè data; nàm legatorum, & libertatum tractatus sępè sępius coniungere Juris Consulti solent.

5 Cæterùm, opus fuisse in proposita specie peculiari *Antonini* provisione in favorem libertatis; eo quod (uti de hærede dictum est;) is qui

is qui induxerat nomen servi, quem liberum esse iusserat, videbatur indignum cum libertate existimasse, ideòq; dationem irritare voluisse; neque in hoc casu poterat prior decisio, qua conclusum ea tantum irrita esse, quæ inducta fuerant, sufficere, nàm non de libertate, aut legato præstando (inducto hæredis nomine) agebatur; sed de libertate danda servo, cujus nomen inductum deletumque fuerat.

6 At quamvis hæc *Faber*; eadem tamen ferè omnia ab antiquis tradita fuerant. Nam non dũtaxàt *Castrensis* post *Accurs.* plura de inductione, & ademptione pertinentia ad hunc tit. *de his, quæ in testamento delentur*, scripserat sed & *Curtius Iunior*, & *M. Mantua*, & similes, itèm *Pragmatici* post *Alexandrum, Parisium*, aliosque consulentes, & *Mascardum de probationibus conclus.* 257. *Menochium de arbitr. lib. 1. qu. 9. nu. 29. & præsumpt. lib. 3. pr. 41. Ferd. Vasquium de success. creat. §. 15. requisito 17. Joannem Dhaut. in tract. de testam. sub rubr. de testamenti mutandi potestate*, aliosque quorum dictis meliora habes penès *Reg. Marcianum disput.* 61.

7 Sed quoad inductionem, & mutationem legari, notandum est, quòd si non fuerit illud omninò à testatore deletum, aut si non fuerit aliquid in eo circa formam, & substantiam immutatum, valebit & si quædam in eo variari contingat; nisi tamen legatum usufructus foret, ut *Gratianus* scripsit *c. 251. n. 19.* hinc si verba aliqua demõstrationis causa, vel circà præstationis modũ, aut tempus adiuncta legato fuerint, ut idem *Gratianus* notat *cap. 104. n. 53. & cap. 256. n. 38.* non erit deletum.

8 Sed in his illud mirum videri posset, quòd magis communitèr Nostri affirmant, ademptionem scilicèt legatorũ potiùs favorabilem censendam esse, quàm odiosam; ideòque circa eam veluti circà rem favorabilem interpretationem sumendam esse, ut *Repetentes* cum *Castrensi*, & *Soccino* in *l. si ità fuerit D. de cond. & dem.* Et *Pragmatici* cum *Menochio præsumpt. 4. præsumpt. 167. num. 3.* scripsère; undè passim jactant, legatum deletum præsumi potiùs consultò, quàm inconsultò, & appositè, non casu, ut ex *Bartolo, Baldo, Castrensi*, & similibus ad *l. 1. D. de his, qui in testamento, Rubeus de testamentis cap. 66. num. 224.*

Adiijciunt tamèn quod si ademptum legatum sed sub conditione fuerit censebitur sub contraria conditione datum, confirmatumque post *Mantieam de coniect. lib. 3. tit. 17. num. 2. & seqq.*

9 Rursùs quoad cancellationem attinet, distinguunt, an consultò animo à testatore facta, an inconsultò, & per errorem, aut casu proponatur: & quidem si consultò certum esse testamentum non valere, è contrà si per errorem, aut casu, & nihilominùs quod scriptum legitur valere testamentum, concludunt *Baldus ad l. 1. D. de his, quæ in testamento delentur, Bartolus ad l. si quis libertatem D. de petitione hereditatis. Curtius Junior, Marcus Mantua, Cinus, Salicetus, & similes ad l. nostram C. de testamentis, & ad l. inductio, ubi Castrensis C. de solut.* Verùm si testamentum adeò foret cancellatum, ut legi non posset, etiàm si inconsultò cancellatum diceretur, aut ab alio, quàm à testatore, nequaquam valere posse probatur ex *l. 1. §. legi*, ubi *Baldus D. de his, quæ testamento*, & dicunt *Castrensis, Salicetus*, & alii ad *l. 3. C. de inoff. testamento.*

10 Hoc autem & *Pragmatici* recipiunt, undè disputant, quibus coniecturis, & præsumptionibus, si aliàs res certa non est, cancellatio à testatore consultò, aut ab alio eius iussu facta dignoscatur post *Menochium de arbitrarijs lib. 1. quæst. 90. num. 24. & de adipiscenda possessione Remedio 3. nu. 717. & Mascardum de probat. concl. 256. & sequ.*

11 Verùm enimverò cum cancellatio, & correctio restringatur ad id, quòd expressè cancellatum, aut correctum fuit, ut notant *Doctores in l. cancellatura 2. D. de his, quæ in testamento, & Cepolla cons. 7. Imola cons. 89.* ex hoc sequitur, quòd si testamentum odio unius testator cancellasset, nèc constet voluisse illud totum incidere, cancellatio prædicta Reliquis institutis, aut legatarijs non obstabit *Bartolus, & Baldus ad l. proxime 3. hoc tit. Oldradus cons. 124. & 144. Alexander cons. 1. volum. 5. Gabriel. cons. 105. Joseph Ludov. commun. conclus. 24.*

12 His addendum primò, quod cum codicilli testamento confirmantur ab eoque pendeant, deleto testamento, & ipsi deleri erunt *l. 1. §. si quis Codicillos D. hoc tit.* Secundò, quòd cancellatio libertatibus, sicut & dotibus non officit, nàm censetur in dubio, harum favore facta inconsultò ex *l. 3. §. nemen servi D. hoc tit.* & notat *Bart. & Iason ad l. si unus colum. 2. C. de testam.* & *Mascardus* ubi suprà. Addendum tertiò quod si plura instrumenta eiusdem testamenti extarent, deletio, & cancellatio unius cæteris non obesse scripsit *Simon de Pretis de interpretatione ultimarum voluntatum*, & ex eo *Nevius ad l. ult. D. hoc tit.*

Denique cum, ut diximus, credant Nostri deletionem consultò factam, & non casu præsumendum, solent disquitere, an idem dicendum, si de legato ad piam causam facto tractetur, & sunt qui affirmant, sunt qui negant. Sed hoc ultimum magis communitèr, exemplo accepto à legato libertatis, post *Repetentes* cum *Bartolo, Baldo*, & *Imola ad citatam l. 3. hoc tit.* itemq; post *Raphaelem, Augelum, Francum, Corneum, & Iasonem ad l. si unus C. de* te-

testamentis, & *Pragmaticos post Covarr. in rubr. de testamentis par.* 3. *num.* 9. *Tiraquellum de privil. piæ causæ privil.* 16. *Manticam de conject. lib.* 2. *tit.* 2. *num.* 25. *Pellicionem ad consuet. Aversanas cap.* 3. *num.* 419. *Cavalerium decis.* 43. *num.* 3. *Novarium de privil. miser. personarum privil.* 69. aliosque cum quibus *Rubens de testamentis cap.* 66. *a num.* 224.



CAPUT XVIII.

Ad §. ult. l. si quis Servum 8. & l. cum autem 9. D. de leg. 2.

SUMMARIUM.

1 *Legatum partis hæreditatis idem quod legatum partitionis, & quid sit hoc legatum.*
2 *Legatarius partitiarius nequaquam fideicommissarius, sed legatarius.*
3 *In quo differentia inter legatum partis hæreditatis, & partis bonorum.*
4 *Ea potius circa ordinem rerum, quam circa res ipsas.*
5 *Nostra observatio ad has l.* 8. *&* 9.
9 *Quid Repetentes.*
7 *De augmento, & diminutione legatorum,*
8 *Item & de contributione.*

UT quæ sint ad legatum partis hæreditatis pertinentia intelligamus, videamusque quam longè *Faber* à veritate alienus fuerit, nonnulla sunt observanda.

1 Et primò quòd legatum partis hæreditatis, de quo in *l. mulier* 22. §. *ult. D. ad Trebell.* illud idem est, quod legatum partitionis vocabatur, continebatque, ut Græcus *Theophilus* monet in §. *sed quia instit. de fideicomm. hæred.* quintum legatorum genus non sublatum nec cum cum alijs, à *Justiniano* confusum, fiebatque hoc legatum cum testator jubebat hæredem à se institutum cum alio hæreditatem partiri, usus hac formula *Titius hæres meus hæreditatem cum Seio partito, dividito*, ut docet *Ulpianus in fragmentis tit.* 24. & adnotarunt doctissimi viri *Antonius Contius secundo subsecivarum cap.* 12. & *Chiflettius*, ut alios omittam *secundo fideicommiss. cap.* 4. à quibus & si id dissimulent sumpsere. *Turam. de exequat. legat. cap.* 2. & novissimè *Osualdus ad Donellum lib.* 8. *cap.* 11.

2 Observandum secundò, quòd hic legatarius, talis erat, & non fideicommissarius (ut quidam credunt;) ideòque non comprehendebatur sub dispositione Senatus Consulti Trebell. ut videre est in *l. si mulier* 22. §. *ult. D. ad Trebell.* cujus verba cum aperta sint in cassum se distorquet *Faber*, ut idipsum asseveret. Verùm & si ità erat, & partitiarius eo quod legatarius, onera hæreditaria subire, & adversùs se actiones suscipere non cogeretur, attamèn quia id non æquum videbatur, introductæ fuère stipulationes quædam inter ipsum, & hæredem, quod *Theophilus* in §. *sed quia instit. de fideicomm. hæred.* adnotarat, scribens *ad extremum interponebantur inter eos tales stipulationes, heres ita stipulabatur a legatario, spondes legatari, si conventus viginti solidos solvero, eorum mihi dare dimidiam, & dicebat spondeo, & rursùs legatarius stipulabatur ab herede sic: spondes si a debitore hæreditario consequutus fueris viginti solidos, eorum mihi dare dimidiam, idest decem? & dicebat spondeo. Et vocabatur hæc stipulatio partis, & pro parte.* Hoc autem cum ità sit, omissa verbosa *Fabri* contentione, sequetur, ut non *Interpretibus*, & multò minùs ipsi *Fabro* assentiendum sit. Et quidèm non *Interpretibus* in eo quòd adversùs hunc legatarium actiones transire dicant; nàm si id verum, ad quid stipulationes? Non *Fabro*; nàm verum non est, quod sub *num.* 36. asseverat absolutè hujusmodi legatum immune, ut cætera omnia esse, ab oneribus hæreditarijs: etenim, ut dictum est, ex stipulationibus, quæ interponebantur, obnoxium erat oneribus, ideòque diversum à cæteris legatis rerum particularium.

3 Observandum tertiò ex his, quod in eo cōsister differentia illa, quam Juris Consulti in hac *l.* 8. §. *fin.* & *l. seq.* statuunt inter legatum partis hæreditatis, & partis bonorum, nam ab hoc deducendum primò erit æs alienum, & deindè eius quod remanet pars legatario præstanda, at non sic in priori idest in legato partis hæreditatis, nā commoda, & incōmoda, legatum sequentur, & legatarium, saltèm propositarum stipulationum causa; hinc pars bonorum libera est, pars hæreditatis obno-
4 xia: De reliquo si res ipsas potiùs quàm ordinem rerum attendere velis, verissimum invenies quod jactant *Interpretes*, & subtile dictū *Castrensis* dixerat; differentiam, quæ à J. Consultis proponitur, verbalem esse, aut saltèm talem esse redditam ex stipulationum introductione, siquidèm cum certum sit, nèc in legato partis bonorum, nèc in legato partis hæreditatis legatarium posse conveniri hæreditarijs actionibus; certum etiam, quod non plus habiturus uterque ad sui utilitatem sit, quam quod remanebit deducto ære alieno. Cum idem importet quod æs deducatur ante præstationem legati, & quod post præstitum, & in vim stipulationis, eò res ventura est, ut differentia nulla re ipsa inspecta futura sit; quanquam si ordinem inspicias magna erit,

erit, & perspicua. etenim in legato partis bonorum sibi ipsi prospicere hæres poterit, & quod æris alieni est detrahere, at non sic in legato partis hæreditatis, nam integram hæreditatis partem nulla facta deductione onerū hæreditariorum legatario præstare cogetur, ipse interim illis oonoxius remanens; ideóq; adactus, ut stipulationibus sibi prospiciat, de qua re, qui pluta velit, adeat prætet alios *Valentiam in suis tract. illustr. tract. ult. ad l. primam de leg. 1. cap. 1.* præsertim *num. 26.*

5 Denique obsetvandum, quod forsàn non solū non *Faber*; sed nemo alius ante Nos obsetvavit, quòd differentia inter legatum certæ partis bonorum, & certæ partis hæreditatis, non talis est tespectu legatariorum; sed respectu hæredum; ideòque in hac *l. 8. in fine*, & *l. 9.* cum quæsitum, an onera deducantut, nec nè? subintelligendum, an ab hærede deducantur, ut sibi prospiciat, an non & debeat sibi alio modo providere.

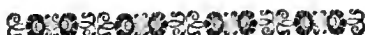
Hæc nos ad legati partitionis explicationem, quæ si quis conferat cum traditis à *Fabro* hic, inveniet ab illo nonnulla perperam admissa, multa etiam malè explicata.

6 Porrò hanc differentiam, quam apertam ponunt Juris Consulti in hac *l. si quis servum 8. §. fin. & in l. cum autem seq. D. de leg. 2.* inter legatarium *certa* partis bonorum, & certæ partis hæreditaris, agnovisse constat *Repetentes* omnes post *Bartolum*, & *Baldum*, & *Castrensem ad l. fin. D. de usufr. legato.* Nèc *Pragmaticos* eam dissimulasse eum *Cavalcano de usufr. mulieri relicto num. 162. Hartamano Pistorio in Miscellan. par. 1. quæst. 46.* Et proindè plura de detractione, & diminutione legatorum, ex ea deduxisse cum *Vasquio de success. creat. §. 10. num. 162.* & alijs.

7 Rursùs, & illud quoque affirmatum constat à Nostris, quòd generalitèr augumentum, sicut, & diminutio patrimonij ad legatarios non pertineat, nisi essent legatarij certæ speciei, aut certæ quantitatis, quæ speciem constitueret; nàm in hoc casu diminutio legatæ speciei, sicut & augumentum ad eos potiùs quàm ad hæredem pertinebit, *Gratianus di-*

8 *scept. cap. 165.* qui & illud etiàm, nèc malè tractat, quando contributio facienda sit intèr legatarios certæ quantitatis, & certorum bonorum, ut videre est in *cap. 646.* præcipuè *num. 30.* Videndus erit quoque ad materiam *Rubeus de testam. cap. 66. num. 142.*





CAPVT XIX.

Ad l. ità tamèn 27. §. si ex Trebell. D. ad Trebell. & de actione, quæ fideicommissario competit pro debito confuso per hæredis aditionem.

SVMMARIVM.

1 *Antiqua quæstio hæc est intèr Glossatores agitata.*
2 *Faber quam partem sequatur.*
3 *Ejus probationes confunduntur, & rejeiuntur.*
4 *Confirmatur nostra sententia.*
5 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
6 *Gravatus qui sibi debitum a testatore non retinuit, poterit post restitutionem agere etiam adversùs fideicommissarium.*
7 *Habebit retentionem, & si inventarium non confecisset.*
8 *An pignore vendito, à creditore si illud evincatur reviviscat pristina actio.*

1 CUM hæreditatem gravatus hæres restituerit, an pristinæ actiones ei, & adversùs eum competentes reviviscant, an verò alijs potiùs opus sit, antiquissima quæstio est, & inter primos illos Iuris nostri Glossatores agitata ; nàm alij pristinas actiones salvē utiles dabant *Hugolinus* contrà, in cujus sententiam inclinare videtur *Accursius* illas omninò extintas contendebat; ideòque vel condictione indebiti, vel actione ex testamento agendum esse. At quamquam qui deindè sequuti sunt *Interpretes* saltèm nobiliores, nempè *Paulus de Castro*, *Alexander*, & *Angelus* utramque sententiam probabilem existimarint, ut legimus in eorum comment. ad *d. l. 27.*

2 *§. si ex Trebell. Faber* tamèn in præsenti *Hugolinum* sequēdum, & *Accurs.* omninò suadet, licèt mordeat eos, aliosq; *Interpretes*, & nùnc hùc, nùnc illùc sejactar. Cæterùm negat utilem actionem dandam esse, eonaturque id probare ex ipsomet *Julianj* loco in *d. §. si ex*

3 *Trebell. l. 27.* quasi quod ille non apertissimè pro *Interpretibus* faceret; tùm quia in eo scriptum (saltèm in vulgatis libris) *necessarium est actiones adversùs eum fideicomm. dare*. unde ex hac lectione videmus dari in diversis à se propositis casibus, diversas actiones (contrà quam *Faber* credat *num. 20. in fine*) imò in casu, quem proximè tractaverat

verat, diversas à primis dedisse J.Consultum; tùm etiàm quia nullo modo potetit *Julianus* de actione ex testamento explicari; quoniàm si verum est, quod idem *Faber* adnotat sub *num.* 18. quod aliud sit actionem competere, aliud dare, si illa agēdum erat scribi debuerat *actiones* aut *actionem competere*, non ut scriptum extar *dari*, datur namque quæ non competit, undè in proposito rectè dicunt *Interpretes* utilem actionem dativam esse. Nèc effugit *Faber* dùm sub *num.* 17. & passim respondet; ideò dandam actionem dixisse Juris Consultum quia restituta jàm hæreditare, illam competete non rectè dixisset, quandoquidèm hæc actio ex testamento, de quo agimus competit nō solùm cum nō adhùc restitutum fideicommissum fuit, sed cum minùs quàm oporrebat restitutum. Hinc & si factam restitutionem hæreditatis proponas quooiàm minùs plenè ea restituta fuerat, prima actio competebat; nèc denuò dari opus erat; igitur cum dandam, & necessariò dandam, idest urgente necessitate dicat *Julianus*, oportet ut ex loquendi modo intelligamus de actione utili accomodanda eum tractare, nàm hæc danda erar, & oon de actione ex testamento, quæ competebat: Et sanè cum inverisimile sit apud *Iulian.* quęsitū, fuisse utrum in propositis speciebus, in quibus minùs eo quòd debuit, restirutum diceba- tur, aliqua ulla actio competijsset, nàm cōstabat saltèm illam ex testamento cōpetere; dicēdum erit potius quæsitū, an citrà illam ex testamento, actione pristina agi posset. & Respondisse Juris Consultum dandam eam esse atque ità affirmasse ea agi posse, sed utili, sed dativa. Hinc & si sequaris Florentinam lectionem, legasque, *actionem adversùs eum fideicommissario dari*, nō ideò te assentiri oporrebit *Fabro*, qui eamdem actionem in utroque casu (nempè etiàm cum hæres hæreditatem restituit, retento peculio, & fructibus) à *Iul.* datam dicit *n.* 19. nàm citata verba actionē dari dicunt, sed non dicūt eamdem dari in omnibus casibus; undè in uno quoq; ex duob. casib. dandam suam actionem utilem affirmatur, nàm de hac an danda esset dubitabatur. Hinc quod ex *Marcello* sequitur in §. sequenti, eundem sensum habebit, oempè esse io proposita specie idem necessariò faciendum, & in hac notabis repetitum illud, *necessariò*, ut ostenderetur utilitatis, & necessitudinis causa ad id descendi, & utilis actio dari; nàm suavis *Faber* est à *num.* 22. scribens ex hoc *Marcelli* loco suam interpretationem mirificè confirmari; Suavis etiàm dum plura comminisci cogitur, ut probet dandam actiooem, & dandam ex testamento, dum scit hanc, vel citrà dationem competere.

4 Quod si *Fabro* petamus quare si actio aliqua in proposita quæstione danda erat, quia æquitas expostulabat, quia necessitas urgebat, cur potiùs actio ex testamento danda quā pristina utilis quando ipsemet fatetur pleniorē hanc esse, & efficaciorem? Si respondet quia pristina actio omninò extincta est, & confusa, replicabo me ultrò id admittere, sed oon de illa me tractare, quam scio confusam, & extinctam; sed de utili, quam novitèr dandam vel exemplo eorum, quæ scripta sunt in *l.* 4. *C. de transact. in l.* 2. *C. si adversus vendit*: Urgebit *Faber*, & hanc quoque utilem extinctā esse dicet; objiciam ei, quòd ipse *Interpretibus num.* 6. obiecit, nempè quod extingvi nō potuit hæc actio utilis, quæ nunquàm defuncto competijt sed post aditionem, post restitutionem nascitur dum datur: sanè quanquàm ceoties obstinatè clamaveris priorem actionem extinctā, & penitùs sublatam, & cōfusam fuisse, nunquàm convinces non posse dari quandam actionem, quæ in extinctæ locum succedat, atque illam repræsentet. At hęc utilis actio dativa erit, & illa quam dandam concedimus, non quidem priorem resuscitādo nā hoc fieri nequit, dum causa extinctionis subest, hærede adhùc manente, qui semèl hæres fuerat etiam post restitutionem; undè fatemur errare eos, qui dicunt resuscitari pristinam actionem, nisi id methaphoricè dixerint, & eo modo, quo ædificia destructa resuscitari dici solent ab eo, qui de novo ædificet: sed aliam in illius locum subrogatam quæ illam repræsentet eiusve habeat utilitatem.

5 Postremò quia de actione hipothecaria, alibi à nobis dictum est quid sentiamus; nunc discuriamus quid obtinuerit apud *Pragmaticos*, & illud primò inveniemus admissum quod gravatus hæres in restitutione hæreditatis deducat etiam quod sibi à testatore debetur, cum cæteris debitis omnibus hæreditatis per ipsum solutis, idq; etiā si de fructibus hæreditarijs solvisset, ut ex tex. & *Glossa in l. cum hæres* 51. *in verbo deducit ad Trebell.* adnotatur ad *l. deducta D. eod.* & affirmatur à *Soccino cons.* 44. *Ruino cons.* 135. *num.* 10. *Gabrielio cons.* 124. *num.* 4. *lib.* 1. Et ex his à *Gratiano cap.* 204. & magis latè à *Fusario de sub. q.* 665. *& qu. seq.* 666.

6 Hinc passim traditū, quod si non retinuit, gravatus cum fecit restitutionē, non solū poterit postea agere primæva actione, aut actione ex testamēto iuxtà adnotata ab *Interpretibus* ubi suprà, Sed etiam agere adversùs fideicommissarium actione indebiti, quasi non detrahendo quod sibi à testatore debebatur, plus debito solverit, plùs restituerit, ut Nostri scribunt post *Cravett. cons.* 144. *num.* 5. *Nattam cons.* 255. 330. *&* 323. *& Joannem Antonium Trigonum singul.* 1.

7 Hanc

7 Hanc autem retentionem habituram gravatum, & si inventarium non confecisset, iidem DD. sentiunt; nàm etiam inventario nō confecto, poterat ex hæreditate per fideicommissum restituenda, creditor institutus quod sibi debebatur retinere, *Rolandus cons. 65. volum. 2. Castrensis cons. 19. volum. 2. Menochius cons. 704. n. 14.* quod sanè mirum videri non debet, neq; ut notabile a nostris proponi, siquidem huiusmodi retētio originem habuit, antequàm *Iustin.* illud suum inventarij beneficium in medium protulisset, ut videre est in *l. ab omnibus* 107. *§. fin. D. de leg.* 1. undè ut ea utamur, inventarium confecisse opus non erit.

8 Sed ab ultimis voluntatibus ad actos intèr vivos deveniendo, quæstio est non facilis solutionis inter Nostros, si pignore vendito, vel in solutum dato, evictio illius sequatur, utrum pristina actio crediti adhùc duret, itaut cedere illam Creditor possit, an non duret, & an idem dicemus quod in fideicommissario, qui restituta hæreditate pristina actione, ut suum creditum, quod non deduxit recipiat, agere potetit; Et cum plura ad rem adducant *Scaccia de Commercijs §. 2. Gl. 5 à num. 288. Crivellus dec. dolana* 111. *Fabius de Anna cons. 90. & cons. 35. & sequ. Galeota lib. 1. cap. 32.* & alij penès *Castillum lib. 4. c. 59. à num. 44. Torum in par. 1. Compendij in vers. actiones primæva, Larrea tomo 2. dec. 88 Merlinum de pignoribus lib. 4. q. 150. & lib. 5. qu. 6. Mesam primo variarum cap. 38. & seq. & Oleā de cessione jurium tit. 5. q. 13. à num. 20.* non oportebit Nos eadem repetere, & qui opus habet ab Authoribus supra adductis ea petat.



CAPVT XX.

Ad l. si fidejussor 29. §. penult. & §. hoc idem D. mand. l. cum de indebito 25. D. de probationibus.

SVMMARIVM.

1 *Refellitur prima Fabri obiectio ad l. si fidejussor §. penult. D. mandati.*
2 *Refellitur secunda oppositio.*
3 *Item, & tertia.*
4 *Asseritur recepta lectio in l. cum de indebito D. de probat.*
5 *Retinentur verba recepta lectionis in d. l. si fidejussor 29. §. hoc idem.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Authoritas rei judicatæ facit ut non sit repetitio, indebite soluti.*

1 Exagitat hic *Faber* duo iuris capita in quibus *Visionis* verbum legitur, nam ex eo a *Triboniano* interpolata, & corrupta contendit.

Et primum illud est quod extat in *§. penult. l. si fidejussor 29. D. mandati*, in quo ut scriptū *in omnibus autem visionibus, quæ proposita sunt, ubi creditor, vel non numeratam pecuniam accepit, vel numeratam iterùm accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta; tùnc enim propter authoritatem rei indicatæ, cessat quidem repetitio, ipse autem stellionatus crimine propter suā calliditatem plectetur*, in adversum opponit primò, quod modus ille loquendi *stellionatus crimine plectetur* parùm elegans sit, nàm pœna criminis plecti quis dicitur, non crimine. Sed si quis reminiscatur quàm sæpè Iuris Cōsulti ita loquuti fuerint *adulterio plectetur, homicidio plectetur*, idest *pœna adulterij, pœna homicidij*, oppositionem *Fabrianam* ridet potiùs quam refellendam sumet; sed esto librarij omisserit dictionem illam, *pœna* ideòque deduisset emendari recepta lectio, & scribi *stellionatus criminis pœna propter suam calliditatem plectetur*, an ideò dicendum integrum §. 4 *Triboniano* confictum, aut corruptum?

2 Opponit Secundò quod dubitandi ratio nulla occurrere poterat, quin condictione teneretur creditor, qui pecuniam indebitam accepisset, nam expressum satis id fuerat in *§. hoc idem*. Sed Responsio in promptu est, nempe non novum Iuris Consultis, præsertim *Vlpiano* repetere maioris explicationis gratia quæ proximè dixerat, maximè si aliquantulum concise, & minùs apertè dixisset; certè in *§. hoc idem* uno verbo, & veluti aliud agens, innuerat potiùs quam tractaverat de eo quod in *§. penultimo* apertiùs proponit, & explicat, adiciens, & in quibus casibus locus actioni de indebito non sit, unde suavis *Faber* est; dū nullam ait inveniri posse dubitandi rationē ad hunc §. quando in promptu est, & ab *Accursio* statim ostensa, nempe illa; quod & si non in omnibus casibus, non in omnibus visionibus, saltèm in illis, in quibus doli exceptio in promptu erat, locus esse actioni de indebito videbatur,

Tertiò opponit sub *n. 5.* quòd sententia huius *§. penultimi* manca sit, in eo præsertim, quod non exprimat cui danda sit repetitio, utrum debitori, an fidejussori, item in eo mā ca, quod non plures adhibuerit distinctiones quas ut necessarias ipse *Faber* proponit.

3 Sed

3 Sed primò hæc obiectio pugnat cum superioribus *Fabri* dictis in quib. asserebat supervacaneam quæstionem, & superfluam in re prorsùs nota, nam si ita est, cur pluribus tractanda? cur querimur non satis expressè, non adhibitis pluribus verbis, & distinctionibus? secundò eidem obiectioni Respõdetur quod cum propositum Juris Consulti fuisset, Regulam generalem hic proponere, non oportebat ut exprimeret cui dãda erat repetitio; nã hoc ad omnes species fuisset descẽdere quãdo sufficiebat generaliter dixisse *in omnibus visionibus hùc usque propositis dandam repetitionem*, idest ei dandam, cui æquitas, & juris ratio suadet, ut suprà dictum est, nam suprà tractatum diffusè de ea re supponit. Tertiò, quod sequitur apud *Vlpianum* nisi fortè, &c. non aliud membrum distinctionis constituit, ut perperam credit *Faber*, itaut in primo propositum fuerit quibus danda, in secundo quibus deneganda; sed cum dicendum esset omnibus dandam secundum ea, quæ antè tractaverat, adijcit illud *nisi fortè*, ut significaret, & in ijsdem casibus, in quibus dandam dixerat repetitionem, eam denegandam esse, si ex cõdemnatione fuerit pecunia soluta. sed hæc sufficiant, nam ad reliqua, quæ *Faber* ab *Accursio* ad verbum hic transtulit, jam satis ab alijs satisfactum est.

4 Secundum Responsum à *Fabro* exagitatum *Pauli* est in *l. cum de indebito 25. de probationibus*: sed cum non proferat quæ adversùs illud habeat, & ad *Contium*, & *Cuiacium* se remittat; Nos quanquàm doctissimorum hominum judicia veneramur, nisi ratio convincat, eadem, & maiori fiducia, quam illi interpolatum à *Triboniano* affirmant, interpolatum, & corruptum negamus.

5 Demum pro coronide adnotandum quod in §. *hoc idem l. si fideiussor 29. D. mandati* optimè se habent verba illa, *ne duplum creditor consequatur*, pessimè à *Fabro* impugnata hic *à num. 6. & sequentibus* tum quia etsi una ex rationibus illa, cur *ad cessionem urgeri creditor debeat*, non ideò altera reijcienda est, tum etiam quia rectè dicitur *duplum consequeretur creditor*, si pecuniam haberet, & actionem, quoniam primum pecunia est, secundum, actio, atq; ita duplum habet, nec obstat, quod repetitioni locus erit, nàm melius est non solvere, quàm solutum repetere.

6 Sed hoc, quod legimus in *l. si fideiussor 29. §. hoc idem, & §. in omnibus* sivè Juris Consulti, ut Nos dicebamus, sivè *Triboniani*, ut *Faber* contendit, sit, parùm, ut solent Nostri curant; solùm ex eo desumuntes, quod quandoque deneganda fideiussori, qui solvit repetitio erit actione mandati, præcipuè si solutionis à se factæ principalem debitorem certiorem non reddidit, ut *Baldus*, & sequaces adnotant apud *Duennas reg. 337. vers. fidejussor.*

7 Insupèr & illud addunt authoritatem rei judicatæ quandoque efficere, ut soluti licèt indebitè non sit repetitio, quòd tùm *Bartolus*, & *Baldus* ad hunc *textum*, de quo agimus; tùm *Canonistæ* cum *Felino* ad *cap. jubente de re iudicata* adnotare solent. Cæterùm *Sarayna* ad *Constitutiones Regni Siciliæ* apud *Nevium* ad hunc §. *in omnibus l. si fideiussor*, adhùc competere condictionem sine causa, per quam indebitè solutum authoritate rei judicatæ repetatur, existimavit, cum tamen oppositum ex hoc textu deduci possit. Illud sanè constat, quod si quis authoritate rei iudicatæ indebitè partem solvat, non ideò cogendus erit solvere quod remanet, si apparuerit indebitè solvisse *Magonius decis. Florentina 44. de Amatis decis. Prov. Marchiæ 121.* Denique videndi ad rem *Bartolus*, *Baldus*, *Castrensis*, *Ronchegallus ad l. reos D. de duobus reis*; item *Colerus de processu execut. par. 2. cap. 2. num. 21. Menochius cons. 513. num. 10. Ludov. comm. concl. lib. 1. concl. 4. Grotus, Jacobus Aret. & Olea in suis tractatibus* de jurium cessione passim.

Finis Libri Decimioctavi.



D.HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER DECIMVS NONVS.



CAPVT I.

Ad l. 1. C. de donatione antè nuptias.

SVMMARIVM.

1 *Hec lex nequaquam fugitiva.*
2 *De ea quid Faber.*
3 *Reicitur.*
4 *Secunda Fabri assertio.*
5 *Impugnatur.*
6 *Reicitur, & Interpretum ratiocinatio.*
7 *Inepta secunda ratio Fabriana.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Donatio nulla collata in uxorem, aut in sponsam de præsenti.*
10 *Dos confessa à marito debetur uxori, & si de receptione non constet dummodo promissa.*
11 *Sed alij distinguunt.*
12 *Nostra sententia, & distinctio.*
13 *Confessio dotis donandi animo facta morte confitentis confirmatur.*

1 LEX *prima C. de dona. antè nuptias* si non ideò sit ex earum numero, quas fugitivas Nostri appellant, quia plurium *Interpretum, & Fabri* potissimùm ingenia fugit, nūquàm talis dicetur propter Rubricam sub qua posita est; nàm cum in prima, & in secunda eius parte de donatione tractetur, & an valeat, & de donatione à sponso facta, omninò sub *tit. de donat. ante nuptias*, non sub *tit. de iure dotium* collocari debuerat.

2 Sed cum hæc lex duas habeat partes, & earum prima perspicua, & rectè ab *Interpretibus* explicata fuerat, de secunda tractat *Faber* hic & prolixè impugnat rationem illā post *Accursium* à plerisque ex *Interpretibus* traditam, quod ideò rescripserint *Imperatores*, nil actū esse donatione; quia donatio in tempus prohibitum conferebatur, nempè in tempus cōtracti matrimonij, quando prohibitum est inter coniuges donari, ad Regulam *l. quod sponsæ 14. D. hoc tit. de donationibus inter virum, & uxorem.*

At quibus argumentis huiusmodi rationem impugnet, investigemus. Et primò sub *num. 6.* ait quod & si sine matrimonio dos esse non possit, nihil tàmèn vetat dotem dici, aut promitti, aut dari priusquàm matri-

monium contrahatur, quod adeo, ut neque dos illa pendeat in diem nuptiarum, nisi cōvenerit expressè, ut non priùs dotalis res esse incipiat, quàm nuptiæ fuerint sequutæ, ut in specie *l. ergo 9. §. si res D. eod.*

3 Sed hæc parum securè, & minus verè in præsenti dicentur, quippe cum dos non sit sine matrimonio, sequitur necessariò antè illum quod datur, appellari quidèm dos posse sed ex destinatione, & ut ità dicam minùs propriè, at revera dotem non esse; nàm tùnc revera dos esse incipiet, cum matrimoniū cōtrahetur, nempè in ultimo illo instanti, quo potest dici, contractum est matrimonium, hinc res antea traditæ marito, quamvis ut in dotē futurę fuerint traditæ, dotales tamèn nō sunt, nā nèc propriè dos est. Cæterùm fallitur *Faber*; dū nescio quid de pacto speciale invenire se credit in *§. si res l. si ego 9. D. de iure dotium* non animadvertens, quod in illis verbis, *ut nuptijs sequutis dotes efficerentur*, non aliud quàm ipsa rerum conditio exprimitur, unde illa si non essent prolata subintelligerentur; quisquis enim antè nuptias res quasdam ut in dotem sint tradit, eas tradit ea lege, ut sequutis nuptijs, dotis efficiantur, nam non antè effici possunt.

4 Ait secundò *Faber* nuptias haberi respectu dotis, non ut conditio formalis: sed ut conditio, sine qua non, eiusque rei argumentum esse, quòd si quid antè nuptias in dotem datum sit ea mente, ut statim fiat accipientis, nèc posteà nuptiæ sequantur, non vindicationi locus est, quasi non translato dominio ob non impletam conditionem, sed condictioni quasi causa non sequuta *dict. l. si ego 9. in princ. D. de iure dotium.*

5 Sed in hoc quoque labitur, nam primum pugnat apertissimè cum Juris Consultis, qui dum dicunt ante nuptias dotem non esse, nec dici, sed tùnc demùm esse, cum nuptiæ sequentur, ut in *l. 4. §. huius D. de pactis l. stipulatus 21. D. de iure dotium*, & similibus, satis explicant veluti conditionem formalem nuptias se habere, Deinde res ipsas contundit, nàm aliud est, bona in dotem dare, aliud ita dare, ut statim fiant accipientis, sanè si quis bona in dotem dederit non priùs dotem erunt, quam nuptiæ sequantur; si dederit, ut statim fiant accipientis, statim fient, at non ideò in dotem erunt; possunt enim accipientis fieri si id velit Dominus, qui tradidit, at non possunt si nuptiæ non adsint, (& si quàm maximè velit Dominus tradens.) in dotem esse. Denique species *l. si ego in princ.* longè ab his, quæ diximus distat, nā ibi res mulieri fuerant traditæ, non viro, fuerant traditæ, ut ipsius statim fierent, sed ea lege, ut, deindè ipsa easdem in dotem daret, atque ita, cum ibi dominium ex voluntate eius, qui dedit, in mulierem translatum sit, at ea lege, ut daret in dotem, ideò nuptijs non sequutis, vindicatio non competit, sed condictio causa non sequuta. ex hoc autem nemo dicet, quod interim dum rerum dominiū erat penès mulierem, & tractatus de nuptijs pendebat, dotem res traditæ erant effectæ, quanquàm ea lege traditę, ut tandem dotales fierent; dicet quidem, & rectè, mulieris fuisse; sed quia ita esse dominus voluit: Itaque in casu nostro, si ponas aliquem marito res quasdam tradere, ut statim ipsius fierent, verum ea lege, ut in dotem Bertæ postmodum futuræ sint, fatear, quod si nuptiæ non sequentur, condictio cōpetet causa non sequuta; at non ideò dicam interim in dotē eas res esse, nam si postmodum nuptiæ sequentur erunt ab eo instanti, in quo nuptiæ esse cæpere. Cæterum si is, qui dedit, non ea lege dedisset, ut statim fierent res accipientis, sed simpliciter, ut in dotem Bertæ forent, nuptijs non sequutis, vindicationi dicam locum esse, & non condictioni, nàm dominium nisi ita tradens voluerit, ab ipso nō discessit, sed apud eum remansit, quousque nuptiæ fierent.

6 Verùm enimverò, & si futiles *Fabri* ratiocinationes esse dicimus, non ideo tamen *Interpretum* suprà relatam rationem approbamus; sed aut falsam illam quoque, aut saltèm minùs idoneam existimamus. Hinc non aliā ob causam in secunda parte Rescripti, nil actū fuisse contendimus, nisi quia in ea, non ut in prima traditio intervenisse supponitur vera, aut saltèm ficta per stipulationē, de qua dicemus *cap. 3.* Id quod ipsemet contextus, & oppositio ab *Imperatoribus* facta inter unum, & alium casum satis indicat, en verba. *Multum interest, si ea, quæ donat vir futurus, tradiderit uxori, & post in dotem acceperit, an vero donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse quod non accepit.*

7 Tandem ex duabus illis causis, quas affert *Faber*, ut probet rectè scriptum ab *Imperatoribus* nil actum esse donatione, prima, quod donatio jure antiquo intèr coniuges, sicut & intèr exteros fieri non poterat, nisi traditione, aut stipulatione, vera est, sed non nova, ab *Accursio* enim iàm fuerat tradita, dum adnotavit ad verbum *auxerit* solo pacto, & secunda quod neque dos augeri poterat, prorsùs inepta est; nàm dato, quod non valuerat donatio, quomodo & de quo augeri dos poterat? frustrà itaque quæsitum an posset, frustrà asseveratum nō posse. At si poneres valuisse donationem, falsum erit, quod augeri dos non potuerat, ut infrà dicemus.

8 Sed quicquid *Faber*, certe *Repetentes*, antiqui cum *Baldo, & Saliceto*, Et Recentiores cum *Dion. Gothofredo* ex hac *l. s.* desumunt posse ea, quæ donata sunt ante nuptias, in do-

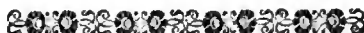
dotem converti, nisi collata donatio fuisset ad tempus matrimonij: siquidèm in hne casu prædicta donatio tanquàm facta inter jàm coniuges; (oàm nonnisi iàm contracto matrimooio, ei locum esse donator voluit) valida non erit, ut *Pragmatici* quoq; affirmant
9 cum *Rogerio de dote cap.* 5. & cum *Romano cons.*445.Id, qood ad sponsam desponsatam de præsenti quasi iàm uxorem extendit *Marta decis.*122.ex quo *Riccius collect.*2928. concludentes nèc valere donationem eidem factam etiàm si argenti, aut rerum mobilium fuisset.
10 Porrò cum in secunda parte huius legis tracterur de marito, qui donandi animo dotem auxerat, ut videatur accepisse, quod non accepit. Nostri sumpta occasiooe, plura adnotant de dote confessa. Et quidèm si oon constet maritum eam accepisse, quibus præsumptionibus, tùnc locus sit, videre est apud *Menochium de præsumpt.lib.*3.*cap.*12.& *lib.*5.*præsumpt.*3. Itemque apud *Scoppam in Addit. ad Grat.decis.*103.de reliquo magis communitèr confessionē à marito factam dotis receptæ, si promissio eiusdem io capitulis matrimonialibus(ut vocant)præcesserit, adeò pro vera habent, ut ex ea etiam crediroribus præiudiciū inferri posse dicant, ut aliàs scripsimus post *Afflictum*, & *Vrsillum decis.*402. quod inter communes opiniones *Vivius* retulit *opin.*148. *n.*2.in verbo *exceptionē*,& ex decisionibus *Peregrini*, *Rota Avenionensis*, & *Romanæ*, *Seraphini*, & similium firmat *Riccius* in additione ad citatā *Affl.* decisionem, & *Scoppa* ubi sup. quod mulrò magis locū habere volunt, si trāsacta fuerint tēpora de opponenda exceptione dotis non numeratæ *Boerius decis.*330. non obstante, quòd confessio fuerit facta, constanre matrimonio, *Vera decis.*196.*par.*1. Haoc ipsā distinctionem, an præcesserint capitula matrimonialia, seu tabulæ nuptiales, nèc nè, ut instrumento confessionis stetur etiam adversus Fiscum admittit *D. Fulvius Majoranus* inter eos qui in foro versanrur Nobiliss.J.C. in sua *Opopraxi crimin. cap.*11. *vers. hinc videndum est* 6.*num.*74.
11 Sed non desunt, qui alia utendum distinctione contendant, dicentes, quod aut in cōfessione mariti, agitur adversùs ipsum, eiusve hæredes, & sufficiet coostitutionem dotis præcessisse, nempè promissionem, & capitula matrimonialia, aut agitur ex eadem confessione adversùs creditores, aut fideicommissarios, & non sufficiet confessio, licèt facta præcedente promissione; Nàm opus erit, ut per coniecturas saltèm, aut alia adminicula de receptione dotis constet. Ità post *Menochium* suprà citato *lib.*5.*præsumpt.* 3. *Fontanellam de pactis dotalibus clausula* 14. & *in fin. Glossa unica par.*1. *à num.*31. *Fusarium de fideicomm.quæst.*532. *num.*28. *Cutellus de donationibus discursu* 3.*par.*6.*num.*46. scriptum reliquit.
12 Sed mihi, cui potiùs Juris nostri principia, quàm *Pragmaticorum*, aut *Interpretum* opinamenta placent, alio modo distingueodum videtur, scilicèt videndum esse, an confessio dotis receptæ fiar in actu aliquo inter vivos, an vero in testameoto, aliaque ultima voluntate. Et si quidèm fiat in actu inrer vivos, sivè maritus creditores habear, sivè oon habeat, semper vellem ultra confessionem, ut aliquo alio modo de doris recepr ione constaret; moveor nō solū quia existenribus creditoribus, de fraude suspicio est, ur *Prag.* & *Scoppa* ubi supra præsertim, aliquibus exiſtētibus adminieulis pleno ore fatentur, & hanc fraudem illi, nedùm Fiscus posśit detegere, ut *D. Maioranus* advertit, sed quia eriam non existentibus ereditoribus, si nullo modo de receptione constet, videtur donandi animo maritum dotem, quam non acceperat, confessum fuisse: Et hoc ipsum illud est, quod nullitèr fir, & quod improbari bac nostra *l.*1. *C.de donationibus* apertis verbis, iàm vidimus, ibi: *An verò donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse quod non accepit*, &c. *posteriori casu nihil actum est donatione*, & *quod in dote datum est, repeti non potest*. Hine etiam seclusa omni fraudis suspicione, huiusmodi in actibus inter vivos factas coofessiones non magnifacerem quicquid *Caucerius*, & cum eo *Reg.Consil.Hodierna ad Surdum decis.*55.*n.*8. & *Scoppa* ubi supra *num.*46. sibi velint.

At si confessio in testamento, aut ultima voluntate fuerità marito facta, defenderem juvare mulierem, adeò, ut dotē cōfessam possit repetere, & si aliundè modo aliquo de receptione non constet; nàm concesso, quòd eam maritus non recepisset, adhùc valebit confessio in vim legati, aut donationis causa mortis, exemplo eius quod Nostri dicūt de confessione factaà testatore alicuius debiti in beneficium Titij; nàm si aliundè de credito Titij non constet, adhùc petet illud; quoniam confessio substinebitur in vim legati ex *l. Lucius Titius* §. *quisquis mihi heres D. de leg.*2. & *l. qui uxori* 19. *D. de auro*, & *argento legato*, & ex traditis à *Francisco de Petris cons.*37. à *Valenz.nola tomo* 2.*cons.*174.*num.*12. à *Mantica de conect.ultimarum volunt.lib.*10.*tit.*4. *Guidone Papa singul.*835. nàm & hoc ipsum in piæ causæ favorem, cum qua dos aliquando æquiparari solet, tanquàm certum tradit *Regeus Merlinus cap.*83. *cent.*1. hac autem sumpta interpretatione, quis vetar matito uxori suæ legare, aut dotem, quam non receperat causa mortis donare? Cùm donarionem, quam in testamento maritus in beneficium uxoris fecit, valere *Pragmatici* omnes affir-

ment cum *Reg.Consil. Staybano in annot. ad P.Staybanum Seniorem cons.70.num.6.& Thorus in secunda parte Compendij lit.D. ver.donatio facta a marito uxori in testamento*. Verùm si creditores maritus habeat id non aliud faciet, quam ut huiusmodi confessio, hujusmodi legatum, sivè causa mortis donatio subiecta sit conditioni communi omnium aliorum legatorum, & causa mortis donationum, & cæterùm si aliundè de dotis receptione constet aliquo modo, quia tùnc non simplicem legatum, aut donationem causa mortis confessio contioebit, sed debitū erit omninò valida. Rursùs proscripto Viro Fiscus cogetur cedere mulieri quę hujusmodi dispositione adversùs ipsū utetur, ac si causa mortis donatio ei facta fuisset, nā donationes hasce ante proscriptionem factas valere in beneficium uxoris, Resque donatas apud se permanere *Arcadius, & Honorius* Imperatores finunt in illa Constitutione, quæ extat in *l.Si post hac 9. C. de bonis proscriptorum*, ad cuius verba: *Ea etiam qua ab innoxio adhuc marito ante nuptias titulo donationis, ac ceperit, vel durante matrimonio largitione Viri ad eā ante proscriptionem pervenerint, &c. apud eam firmiter permaneant* supra citati Doctores vellem, ut paulo attentiùs attendissent.

13 Insupèr illud apud Nostros extra controversiam est, quòd cum fit confessio dotis non receptæ, animo donaodi, & si ea intèr vivos non valeat, attamèn, ut & cæteræ donationes inter coniuges morte donantis confirmabitur *Rolandus cons.93. num.2.* aut iuramento interposito subsistet *Rolandus ibidèm, Nattu cons.18. num.6.* adeòut non facilè revocati possit idèm *Rolandus singul. 599.* id quod etiam si non iuramento donationem confirmasset maritus, sed cum iuramento asseruisset omnia in instrumento asserta, & dicta vera fuisse; sunt qui admittant inter quos *Grammaticus decis. 103. num.4. Ludovicus decis. Perusina 66.* Quod si confessio mariti probaretur in parte vera, & de receptione saltem in parte constaret, crederem ex hoc posse veram in totum præsumi qood *Cravetta cons.40.num.8.* & passim *Manticade tacitis, & ambiguis lib.11.tit.20.* adnotavit, & ex his *Scoppa* ubi supra *num.23.*





CAPVT II.

Ad tex.in l.2. C.de dote cauta, nec numerata.

SVMMARIVM.

1 ADversus secundam partem *l.prima C. de donat.ante nuptias* opponere solent *Interpretes Alexandri* Rescriptum in *l. 2. C. de dote cauta non numerata.* In quo in eadem ut
2 videtur specie valere donationem concluditur. Verum hi mer, qui opponunt, ut oppositionem auferant, scribunt in hac *l 2.* donationem ob mortem mariti sequutam per orationem *Severi*, quamvis à principio nulla, confirmatam fuisse, ut verba tex.*durante matrimonio mortem obyt*, innuere videntur.
3 *Fabro* conciliatio non placet, & longè diversam esse speciem hujus *legis* a. ab illa, de qua in *l.1.* arbitratur, proponitque plures diversitates, quarum prima cum bis verbis expressa sit sub *num.2.est quod in l.1. maritus futurus donandi animo dotem auxerat, scil. augere voluerat, nèc enim poterat vere augeri dos, quæ nondum erat.* si quis attentè ea consideret, videt statim. jàm fateri *Fabrum* quod priùs negaverat, dotè nōdūm esse, cum nuptię non adhùc contractæ, deindè cum illam assignet rationem, cur non valuerit donatio facta ad augendam dotem, *quia non poterat illam augere, qua nondum erat*, quis non iotelligit supponere eum necessariò expectandas nuptias, ut dos esse incipiat, adeòque possit augeri, quanquam nec tunc augumentum sortiri poterit quia prohibita donatio, neque tunc valebit, ideòque rectè *Imperatores* scripère

psère *nil actum donatione*: ex his autem dignoscimus *Fabrum* ratiocinando coincidisse in eandem *Accursij* sententiam quam anteà exploserat.

4 Porrò omissa secunda differentia nempè illa quod in *l.1.* non solùm non traditio: sed neque stipulatio intervenerit, at in *l.2.* legitimè, ut ait *Alexander* confecta fuit scilicet eo modo,quo fieri legitimè debuit,stipulatione, & traditoine accedente,quæ sola vera, & qua sola contentus debuit *Faber* esse, nèc novas, & futiles comminisci; deveniamus ad tertiam illam differentiam, quam *n.7.* affert scribens, quod in hac *l.2.* non de judicio, & actione de dote, sed de actione ex stipulatu ad consequendum ab hæredibus donantis quod fuerat donatum agatur, & videamus an vera sit,& quidem veram non esse tū ratio ipsa convincit, tùm verba.ratio in primis,nam cū donatio proponatur facta dotis augēdæ causa,& proponatur etiam eandem demum,morte donantis ex *Severi* Rescripto confirmatā, omninò consequens est,ut in dotem fuerit, quod donatum est; idque multò magis si poneres donationem à principio valuisse, & stipulationem intervenisse, ut in specie, de qua in *2. par. l. prima C. de donat. antè nuptias*: nam ex fictione brevi manus videbitur accepisse mulierem à marito, quod ei donatum est, ab eaque posteà eidem marito quod accepit in dotem fuisse datum, nam planè nil est (posito quod valuerit donatio) quod impediat huiusmodi fictionem.

Deindè etiam, & verba, quoniam nunquā sic loquutus *Alexander* fuisset (*qui incremētum doti dedit*) si incrementum non solum, non datum fuerat,verum nèc dari poterat.

5 Sed adversùs hæc insurgit *Faber*,& clamat potuisse quidèm donationem valere, si stipulatione factam inter sponsos dicas, aut morte confirmatam intèr coniuges: at non dotē augeri, aut constitui; quoniam dos donationis causā dari, vel asscribi non magis potest, quàm societas contrahi, vel emptio,vel locatio, idque non iure illo singulari, quo prohibitæ sunt donationes inter coniuges, sed iure vulgari, & communi, hoc est eo iure, quo etiam inter exteros,non coniuges,huiusmodi conventiones non valere scriptum est in *l.7.§. si uxor in l. cum hic status 32.§. si inter virum D. de donat. inter virum, & uxorem in l.5.§. ult. D. pro socio l. si non verum 15. C. de donat. inter*,ea nimirum ratione, quod implicat contradictionem, ut donationis causā, contractus aliquis fiat, cum propriam vim, & naturam contractus omnes habeant ex negotio gesto.

6 Ita *Faber* ratiocinatur; verùm in eo errat, quòd non distinguit, utrum donatio fiat,ut eodem tempore,& eodem intuitu alius contractus, nempè ut societas constituatur, aut emptio, vel venditio: an verò fiat, ut deindè post eam alius contractus sequatur, & tamèn multum inter hæc interest; nàm primo casu verùm est, quod in citatis juribus scribitur, nil actum esse, & ratio in promptu, quia cum aliud sit donare, aliud societatem, aut venditionem, & emptionem contrahere, si is ipse, qui donat, & donasse, & simul vendidisse videri vult, aut emisse, aut societatem contraxisse implicantia desiderat; nulla enim, societas est, ut ait *Vlpianus* in citato *§. si inter 24. l. cum hic status 32.* & nos adijcere possumus, *nulla emptio, aut venditio est, qua donationis causa constituatur*. Undè hoc modo si mulier donaverit futuro viro res aliquas, velitque illas non solum donatas, sed in dotem datas esse, non magis eas in dotem esse fatebor, quam si voluisset venditas esse, dum voluit donatos.

Sed in secundo casu, cum quis donat,non ut eodem tempore alius contractus fit, sed ut alius contractus postmodum sequatur, aliud erit, & rectè omnia fient. Finge à me centum donata tibi sub ea conditione, ut viceversa, eadem mihi mutuò, aut prædium donatum sub conditione, ut illud ipsum mihi deindè iusto pretio vendas; an non ritè, & rectè donatio erit facta? nàm quod donatum est, tu recipies,deindè viceversa mihi mutuabis,aut vendes; à pari itaque in proposito, donat maritus uxori, sed sub ea conditione,ut vice versa quod donatum est eidem mulier det in dotem,hoc enim importat conditio, *ut in dotem sint, ut dos augeatur*, certè si donatio valebit, nulla est ratio cur viceversa in dotē mulier non det res donatas, aut dare non, possit; quod si dixeris in propositis exemplis duos esse actus; unum, quo donatur id quod donatur, alterū quo illud ipsum postea, aut mutuatur, aut venditur,ego dicam in casu nostro, & duos quoque esse actus, unum, quo vir donat, alterū, quo mulier deindè quod donatum est in dotem tradit, celeritate tamèn coniungendarum actionum unam occultari, ut in sequenti capite dicemus exemplo eius, quod *Vlpianus* tractat *in l.3.§. penultimo D. de donat. inter. & in l. singularia D. si cert. petatur*. Concludendum igitur posse donatione dotē augeri,modò donatio consisterit, sivè quia inter sponsos,& ritè ea facta, sivè quia intèr coniuges, morte confirmata, & sivè traditione vera, & reali, ut evenit in specie primæ partis *l.1. C. de donat. inter virum*, sive stipulatione interveniente, & ficta traditione, sivè brevi manus,ut in specie *l.2. C. de dote cauta nèc num.* hinc rectè in hoc sensu à *Paulo in l. si quis 59. D. de donat. inter* dictum est *si quis uxori ea conditione donavit, ut quod donavit in dotem accipiat, defuncto eo, donatio convalescit, &c.*

7 Quod

7 Quòd si *Fabri* ratiocinatio non obstitit, minùs eiusdem ponderatio verborum textus obstabit; nàm quanquàm scribit *Imperator potest ab hæredibus peti*, non ideò sequitur *actione ex stipulatu peti posse*, cùm possit actione de dote peti, & in hoc sensu ita scriptum, nam repetere, & petere passim confundunt Juris Consulti, nisi dicere velimus, in judicio dotem peti propriè ab hæredibus viri, at à viro ipso propriè repeti.

8 His tamèn ità explicatis, adhùc scrupulum illud restat, quòd si verum quod diximus, ideò nil actum donatione in specie *l.* 1. quoniam stipulatio non intervenerat, & verum, quod si stipulatio intervenisset, scilicet si legitimè fuisset confecta, donatio valuisset, ut in hac *l.* 2. cur *Imperator* expostulat *Severi* beneficium, & ut in eadem voluntate donans decesserit? an non satis fuisset donationem legitimè factam proponere? itaque aut *Interpretibus* nostris assentiendum, dicendumque cum ipsis validitatem donationis non ex eo provenisse in specie *d.l.* 1. *& d.l.* 2. quod in una legitimè fuerat facta, in altera non item, sed alia ex causa; aut si priorē rationem retineamus, erit dicendum supervacuè *Imperatorem* Rescriptum implorasse *Severi*, & de morte donantis meminisse cum donatio jàm alioquin valida foret, nullaq; confirmatione indigeret.

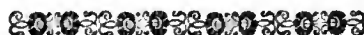
9 Sed ut hæc, & similia reiiciantur, attentè observandum erit, quod donatio, de qua in *l.* 1. quia inter spōsos facta, nempè à futuro marito futuræ uxori si legitimè facta fuisset, statim fuisset à principio valida, nec opus *Severi* beneficio ad eius cōfirmationem foret, cum licitè inter sponsos, & validè fieri posset: Nō ergò fuisse legitimè factam ponendum est, idest non eo modo quo fieri donatio solet, traditione, aut stipulatione, ideòque de ea dubitatum; at viceversa in *l.* 2. & si legitimè facta donatio, idest ut fieri donationes solent, attamen quia facta non inter sponsos, sed inter coniuges, constante matrimonio, ut in primis verbis *Imperator* innuit, & si stipulatio intervenerit, quinimmò, & si traditio intervenisset, adhùc beneficio *Severi* opus fuit, ut morte donantis confirmaretur. Ratio quia, non tempore, non prohibito, ut illa, sed tempore prohibito facta erat, & ex his apparet, ut tandèm concludamus, quòd non obstat inter se *lex prima, & lex secunda* cum una diversam ab altera, tempore, personis stipulatione, aut traditione, speciem habeat.

10 Sed quod suprà diximus, confessionem in actu inter vivos factam à marito, nisi aliundè constet de dotis receptione invalidam esse, ideoqòque ius ad petēdum mulieri non producere, confirmatur ex hac *l.* 1. *C. de dote cauta nec numerata*, ex qua id affirmant *Repetentes* post *Salycetum*, *Bartolum*, *Sichardum*, *Alexandrum*, *Puteum*, *Albanum*, & similes, undè dicere solent, dotem ob nudam confessionem repeti non posse, nisi solutio probetur *Pragmatici* cum *Velasco consult.* 5. *& 6. lib.* 1. *Vasquio illust. contr.* 3. *cap.* 46. *et Gomezio Leone dec.* 6. *in dec. divers.*

Sunt tamèn qui, & hic distinctionem illam adhibendam credunt, an adversus maritum, eiusve hæredes, an verò adversùs extraneos mulier agat, & si quidèm adversùs maritum, confessionem probare receptionem probant ex *Oxascho dec.* 20. maximè si fuerit renunciatum exceptioni non numeratæ dotis, vel lapsa fuerint tempora id opponendi; quoniàm dicunt in huiusmodi confessione non habet locum suspicio fraudis, aut donationis, ut idem *Oxaschus ratiocinatur in decis.* 171. *Boerius in singul. ver. confessio, & Decius conf.* 336.

Sed si de aliorum præiudicio agatur, etiā stante confessione mariti, & lapsu temporis ad opponendum de exceptione non numeratæ dotis, adhùc eos de quorum interesse agitur posse confessionē arguere falsam, & simulatam probare, asseverant citati DD. & *Rota Avenionēs. dec.* 25. *Paponius lib.* 11. *tit.* 3. *Aresto* 8. sed quia de hoc alibi, nunc illud tantum adnotabimus quòd si non ex fraudandi, aut simulandi animo; sed per errorem confessio processerit, erit locus revocationi. nam erronea confessio potest reiici, ut ex *Ferretto conf.* 266. *lib.* 1. adnotat *Tesaurus in dec.* 112. *sub n.* 3. ubi & ad quæstionem hanc de confessione facta à marito, videndus *Gaspar* filius in Additione.

Quando autèm hæc exceptio dotis non numeratæ sit opponenda, & in quibus ei locus non sit *Magonius dec. Florentina* 68. adnotatum reliquit.



CAPUT III.

De fictione brevi manus ad d. l. 1. C. de donat. & ad l. 2. C. de dote cauta, &c.

SUMMARIUM.

1 *Nostra assertio in hac materia.*
2 *Faber in contrarium ratiocinatur.*
3 *Refellitur.*
4 *Iterum urget Faber.*
5 *Prima Responsio.*
6 *Secunda Responsio.*

7 Bo-

7 *Bona Accursij animadversio.*
8 *Pragmatici hujusmodi dotium augmenta sive mulierum dotationes a Viris proprijs, admittunt passim.*
9 *An retrocedere mulier donationem sibi factam valeat, & quid si in beneficium filiorum cedat.*

1 AD hoc ut donatio inter coniuges facta, possit Rescripto *Severi*, eiusq; beneficio morte donantis confirmari, traditionem precedere oportere cum *Papiniano*, & *Vlpiano* (nàm assentitur *Vlpianus* Magistro suo, quicquid *Faber*, hic, & alibi) in *l. Papinianus* 13. *D. de donat inter virum*, censemus, & insistimus in his, quæ jàm diximus *lib.* 1. *Investigationum cap.* 8. Cæterùm traditionem non semper veram exigimus; sed ficta quandoque contenti sumus, idest ea, quam brevi manu elegantèr *Vlpianus* in *l.* 3. §. *penult. D. de donat. inter virum*, & in *l. singularia D. si certum petatur* appellat, & hanc in specie hujus *l.* 1. *C. de dote causa non numerata* cum *Interpretibus* melioribus, contendimus intervenisse.

2 Sed *Faber* hic & si concedat fictionem hâc intervenire posse, cum donatio à principio valet, & stipulatione vallata est, ut sub *n.* 11. fatetur, Negat id verum esse quando mortè donatio confirmanda est, ut in hac *l.* 1. ideòq; à *num.* 1. sic scribit. *Nunquam enim fictio brevi manus locum habere potest ad inducendam fictam traditionē, quin præcedat obligatio tradendi, cujus potestate adigi potuerit ad veram traditionem faciendam is, qui fictam fecisse præsumatur, ut in l.* 3. §. *penult. D. de donat. inter virum l. singularia D. si certum petatur. At cum maritus donandi animo de suo ascribit in dotem, ut videatur accepisse quod non accepit nulla subest causa, nullaque obligatio, ex qua cogi potuerit maritus, ut eam quantitatem uxori traderet, non causa donationis; quia donatio nulla præcesserit; causa dotis, multò minùs quia nèc dotem maritus uxori debet, ergo nulla, &c.*

3 Sed hujusinodi ratiocinationem *Vlpianus*, & *Julianus* in citata *l.* 3. confundunt, dū proposita specie, de eo qui marito donaturus, iussu mariti etiam donare volentis uxori dedit, concludent nullius esse momenti, & perindè habendum, atque si ego acceptam rem (meam factā) uxori meæ dedissem; & ambo paritèr admittunt fictionem brevi manus, cum tamèn nulla obligatio, nullave causa præcessisset, qua cogi maritus ad traditionem potuisset, non sanè causa donationis à marito in uxorem collatæ, nàm hæc ne adhùc quidèm perfecta, Undè J. Cōs. significantissimè scribit *si donaturus, &c.* nisi dicamus solo animo donandi in terminis, de quibus agimus donationē fieri; nèc rursùs alia causa, & proindè nulla; non ergo verum quod tùnc Juris Consulti admittunt fictionem brevi manus cum causa traditionis præcessit.

4 Sed urget *Faber num.* 9. scribens, quòd tùnc fictio brevi manus inducitur cum illam vera traditio, licèt alia ex causa præcesserit: quàm posteà secunda ficta sequatur.

5 Respòndeo neque hanc assertionem subsistere. Primò nàm si verùm quod ipsemet *Faber* fatetur *num.* 11. ex *Vlpiano*, (cui non adversari *Africanum* alibi demonstravimus,) quòd si præcessisset stipulatio certæ quantitatis, vel alterius rei, interposita ex causa donationis, tùnc si maritus eandem rem, vel quantitatem à se uxori debitam, fateretur habere se ab ea ex causa dotis; poterit defendi habendam rem pro tradita, & censendam dotem rectè constitutam quasi per traditionem; Sequetur ex hoc falsum esse, quod necessariò oporteat, ut vera aliqua traditio precedat sub qua altera ficta, & brevi manus occultetur; nàm in proposito nulla præcederet.

6 Secundò ex eo non subsistere assertionem, quia aut veram traditionem in ipso negotio, quod geritur requirimus, aut extrà illud, si in ipso negotio, adversamur *Vlpiano*, qui ubi deposita pecunia principali fuit, aut Res ab ipso tradita, nedùm ubi exacta à debitoribus idest ubi nulla traditio ex parte principalis præcesserit, saltèm ex alia causa, fictionem brevi manus admittit, atque ità, docet non opus esse, ut præcedat semper traditio negotium; si verò vis, traditionem aliquam, & si extrà negotium præcedere dicam hanc semper præcessisse: nàm pecuniam, quàm maritus donat ab altero accepit, & aliqua ex causa, aut quia exegit à debitore, aut quia ei ultrò data est: idipsum dicam de re, si res donetur. Quòd si dixeris esse aliquid plus in eo casu, in quo quis uti Procurator exegit; nàm licèt non exegerit ea mente, ut sibi mutua sit pecunia, nèc ea de causa ei mandata fuerit exactio: attamèn quia actione mandati cogi poterat ad tradendum, videtur admitti posse fictio brevi manus, Respondebo incidère te in primam difficultatem, jàm solutum in principio, ubi diximus verùm id in speciebus propositis in *d. l. singularia*, & in *l.* 3. §. *penult.*, at non sempèr exquisitum à Juris Consultis, ut in specie §. *ultimi dictæ l.* 3. *D. de donat. inter.*

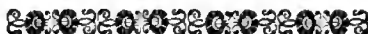
7 Iosupèr *Accursius* ad hunc *l.* 1. *C. de dote causa non num.* rectè adnotavit, quòd scilicèt in specie eiusdem acceptilatio intervenit: nàm si verùm, quod asserit *Alexander*, maritum res aliquas, aut pecuniam in dotem ascripsisse, si verùm quòd doti incrementum dedit, non alio modo id fecisse credendum est, quàm per acceptilationem, nam hac frequentissimè in dotibus constituendis antiqui utebantur, & in *l. promittendo* 41. §. 1. *l. licèt* 43. *in principio l. pater meus* 44. §. 1. *D. de iure do-*

dotium l.si mulier 10. *D. de cond. causa data*, & passim, & cum aliquid factum scribitur, perfectè factum existimandum est ad Regulam *l. sciendum* 30. *ubi Gothofredus*, & *l.* 134. *D. de verborum*.

8 At quicquid sit de his, quæ suprà diximus, nil magis apud *Pragmaticos* certum, & moribus frequentiùs usurpatum, quàm quod maritus ascribendo in nuptialibus tabulis recepisse in dotem quod non recepit, teneatur ad id restituendum, quasi à principio validè idipsum donasset, & deindè per fictionem brevi manus in dotem recepisset, hocque esse dotare uxorem Nostri dicunt, ut videre est penès *Afflictum decis.* 61. *num.* 3. solet tamèn in controversiam venire, quid dicendum si maritus dotem quidem auxerit uxori donaturus, sed deindè constante matrimonio uxor retrocesserit quod donatum fuit, voluitque ire in beneficium filiorum, & in eorum defectum in beneficium eiusdem viri donantis. Et in hac controversia si veteres Juris Regulas attendamus, quoniàm à principio donatio non valuit, nisi tandèm morte confirmaretur, prohibitū non fuit uxori quod nullitèr ei donatū erat retrocedere donanti; alijs tamèn idest filijs donare non potuit. at quia *Pragmaticorum* placita, quæ jàm in Foro obtinent, observare oportet, Respondendum erit non valere retrocessionem, quoniàm effecta irrevocabilis donatio, ex traditis à *Reg. de Ponte de potestate Proregis* §. 2. *de assensibus super dotibus num.* 22. & ex eo, & alijs à *Toro in secunda parte compendij* in verbo *donatio facta à viro in augmentum*.

Rursùs, & duo observanda eruunt in hac materia. Primum donationem factam intèr coniuges morte confirmari eo ipso, quòd non revocatur, undè non opus est novo actu, ut tùm Juris Consulti in Iuris libris, tùm *Pragmatici* affirmant cum *Hartamano declarat* 4. *de donationibus, & Riccio par.* 5. *collect.* 1928. Secundùm donationem reciprocam intèr coniuges sobsistere, altero eorum præmoriente, ut idem *Hartamanus* docet, & *Riccius* ubi suprà.





CAPVT IV.

Ad l. Divi fratres 27. §. 1. D. de de lib. causa.

SVMMARIVM.

1 *Faber existimat à Triboniano hunc locum corruptum.*
2 *Defenditur, esse Juris Consulti.*
3 *Rationem à Juris Consulto allatam perspicuam esse.*
4 *Oppositio Fabri adversus verba textus.*
5 *Hæc asseruntur textui.*
6 *Etiam defenditur eorum dispositio.*
7 *De verbo in angere quod in tex. sequitur.*
8 *De variatione numeri.*
9 *Magistratus etiam appellari Judices.*
10 *De Fabri judicio.*
11 *Quid Repetentes.*
12 *Quid Pragmatici.*
13 *In Regno contumacia punitur.*

1 Quod scribitur in §. 1. in *l. Divus* 27. *D. de lib. causa, a vers. sed rectè, Triboniano* ascribendum potiùs quàm *Vlpiano* in præsenti capite à *num.* 9. contendit *Faber*. Nam in primis prorsùs novum existimat, ut electionem det Iudex adversario, an malit cognitionem circumduci, an verò audita causa sētentiam proferri; sempèr enim eliget is, qui in judicio est, ut contrà absentem sententia proferatur.

2 Sed *Faber* dum præsenti favere credit in eo quod sententiam proferri adversùs *absentem* desiderare possit: non parum eidem præjudicii infert, dum aufert electionem, si id nolit; neq; videt eti à dato quod sempèr præsens electurus sit, ut sententia proferatur; non ideò sequi, ut eligere inutile sit, & quod & possit nolle. finge personam quæ controversiam statui faciebat, & nùnc abest, quædam à principio, cum præsens fuerat attulisse, aut probasse, quæ causam dubiam redderent, an non securiùs, & meliùs faciet præsens si circumduci cognitio finat, ne periculo dubiæ litis se exponat, an non juvabit eum posse quod malit eligere? Cæterùm modus ille loquendi, *rectè, atque ordine Iudices puto facturos*, optimus est, & elegans, ideòque à *Cicerone*, à *Cæsare*, & à *Sallustio* usurpatum, undè *Vlpiani* stylum ostendit, nàm & in *l. observare* 4. §. 4. *D. de off. proc.* similis habetur, ut & *Gothofredus* notavit.

5 Cæ-

3 Cæterùm cum rationem quam attulimus, de periculo in sententia dubia, satis in proclivi, & cuique obviam videret J. Consultus, alteram attulit, quam ex sequutura sententia sumpsit, dicens *neque hæc res captionem nullam habet, cum non ingenuus pronuncietur, sed servus non videri*, quæ ratio elegantissima est; nàm si quæras, cur poterit adversus absentē sententia dici, Respondeo quoniam hæc res captionem nullam habet, &c. cum non ingenuus pronuncietur, sed servus non videri, ac si dixisset, quia non multum huiusmodi sententijs adversus absentes deferendum est, nam iterum poterit res in controversiam deduci unde refellitur quod *Faber n.* 10. comminiscitur.

4 Secundò sub *num.* 11. *Faber* illorum verborum, *quod si ex servitute in ingenuitatem se allegent, melius fecerint, si cognitionem circunduxerint*. vexat tam locutionem, quam impropriam, & peregrinam existimat, tum dispositionem; nàm immò, ait ipse, ultrò arripere bonus iudex debebit occasionem pronunciandi pro libertate.

5 Sed quoad locutionem attinet cum propria ea sit, & significantissima, non aliud quærendum est, si quidem si rectè *petere se in libertatem* dicimus, cur nō eodem sensu dicemus allegare se in libertatem, sanè *Hotomanus, & Prateius*, itemque *Brissonius* non minus docti, & *Critici* quam *Faber* hanc de qua agimus locutionē admisère, & citra ullum scrupulum exposuère *Allegare se ex servitute in ingenuitatem* pro *assereret, & affirmare se ingenuum esse*.

6 Quoad dispositionem verò, cum certum sit, quod differt, an quis ab alio controversiam status patiatur, an verò ipse se in ingenuitatem allegaret, eò quod in primo casu Iudex pronunciaturus est servum illius non esse, in secundo pronunciaturus ingenuum esse, atque ità prima sententia ei tantùm nocebit, adversùs quem lata est; secunda omnibus qui oppositū prætendebant, idq; authoritate rei judicatæ, ut docemur ex l. *Ingenuus* 25. *D. de statu hominum l. servo* 65. §. *cum Praetor D. ad Trebell.* alijsque juribus, vel ab ipso *Fabro* addnctis: sequitur necessario dicendum esse, melius facturos judices, qui boni viri funguntur officio, si non pronunciaverint sententiam in eo casu, quo quis se in ingenuitatem allegat, ne sententia illa non solum absentibus, sed omnibus quorum intersit inauditis, præiudicium inferat, & quamvis plura admitti soleant in favorem libertatis, hoc tamen faciendum (quoad poterit,) citrà aliorum iniuriam. Cæterùm hoc Jur. Consulti temperamentum etiàm ipsi Actori præsenti aliquid emolumenti allaturum; nàm si ingenuus pronunciaretur cum adversarij absentes sint, semper ei objici poterit penuria adversariorum ingenuitatē consequutum esse ut in specie *l. si te* 7. *C. de ingen. manu.* quod & exprimit ratio ab *Vlpiano* subiecta *ne sine adversario pronuncietur ingenuum videri*. Suavis verò *Faber* est, dum ridiculam prædictam rationem existimat sub *nu.* 12. non observans, vel ex hac sola convinci *Vlpiani* esse textum, non *Triboniani*, nàm priscam eruditionem, & locutionem sapit. Cum tempore *Triboniani videri*, aut *non videri* nequaquam pronunciaretur.

7 Sequitur in eadem *l. Divi fratres* §. *quod si* & primò repræhendit in illo *Faber* hunc dicendi modum *melius erit inaugeri causam eum sententiamque proferri*: cum non adeò insolens hoc verbum *inaugere* sit, ut non potuerit J. Cons. conti in vicem verbo *protrahi*, ut & *Prateius* censuit, nec constet potiùs *Tribonianum* eo usum, quam *Vlpianum*. eum in *Novellis*, aut in alijs *Justiniani Constitutionibus* nō frequens. de reliquo præsumptio stat pro *Vlpiano*, cuius est textus, quamvis nun multū à vero aberraverit, qui dixerit librarij esse, ideoq; lectionē Noricorum, & Vulgatorum librorum *Florentinæ*, ut sæpe evenit præferendam, legēdumque *melius erit agi causam eius* aut assentiendum *Jacobo Cuiacio* 6. *obser. cap.* 17. legenti *inandiri causam eius*.

8 Repræhendit secundò *Faber* solecismum in hoc eodem §. ubi de judicibus loquitur in numero singulari ibi *Contrà libertatem dabit*. Nec reminiscitur quam sæpè Juris Consulti, aut librarij numeros confudère, & singularem pro plurali, & vicecversa posuère.

9 Repræhendit tertiò, quod de judicibus lex loquatur, cum de libertate, & ingenuitate tractetur, de qua Magistratus cognoscebant *l. 2. C. de pedan. judicibus, &c.*

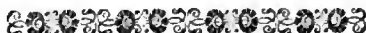
Sed fallitur quoniam appellantur judices, qui cognoscunt, relatione facta ad id, quod actu exercent, quomodo non solum Magistratus sed *Imperatores* judicare alibi à Juris Consultis dicuntur.

10 Tandem pro Coronide observandū quale fuerit *Fabri* judicium, aut ingenium, dum ea ipsissima reprælendit in hac lege, & tanquā *Tribonianea* respuit, quæ veluti reliquias priscæ eruditionis agnoscunt, & laudant Viri Eruditissimi *Jacobus Cuiacius, & Dionysius Gothofredus* conferentes illa cum alijs ex *Seneca, Suetonio, Tacito, & Plinio*, quinimmò cum similibus à *Cicerone, & Sallustio*.

11 Sed eū *Repet.* ex hac *l. Divi fratres* 27. §. *si ea persona D. de lib. causa* soleant elicere, quòd desistens ab accusatione, item contumax in causa status, nullum præjudicium inferrant antiquæ libertati, ut scripsère quoque ad *l. contumacia*, ubi *Mainerius D. de reg. iur.* & ad *l. si te C. de ingen. manumissis*.

12 Ideò *Pragmatici* plura de cōtumacia eiusque pœnis congerunt cum *Duenna in tractatu de regulis iuris in ver. contumax regulariter, &c.* & cum *Galluppo in praxi par. 2. cap. 4.*

13 Et quamvis in confesso apud omnes sit, contumaciam nun esse delictum, ideòque non puniri, sed mulctari, ut *Regens de Ponte* advertit *cons. 94. num. 3. volum. 1.* attamèn ac si esset delictum in Regno hoc Neapolitano pluribus pœnis affici contumaces, palam est, apud *Regentem Sanfelicium in sua Praxi Iudiciaria sect. 36.* & sequenti. Sed utcunque se res habeat in foro externo; an in foro Conscientiæ delictum contumacia sit, & an ad interesse obliget cōtumacem, decidere ad Moralistas, & Theologos spectat inter quos eminet sicut etiam in iurisprudentia, & in philosophica facultate *D. Hieronymus Cappella* Antecessor Neapolitanus amicus noster, quem honoris causa nominatum hic volo.



CAPUT V.

Ad l. qui viam 14. D. de novi op. nunc. & ad l. unicam D. de remissionibus.

SUMMARIUM.

1 *Quæstio hæc antiqua est.*
2 *Adsentimur Fabro circa distinctionem.*
3 *At non in reliquis hic ab eo traditis.*
4 *Nunquam habenti servitutem concedenda nunciatio adversus dominum.*
5 *Adhùc remanet antynomia ideoque ad emendationem confugiendum.*
6 *Repetentes eandem antynomiam observarunt.*
7 *Varios tradidère conciliandi modos.*
8 *Pragmatici quoque varij.*
9 *Nunciatio facta ab eo qui ius non habet nunciandi non tenet.*
10 *Sed tamen timenda.*
11 *Qui iniustè nunciat tenetur actione iniuriarum.*
11 *Præstita cautione de demoliendo, perficitur ædificium.*

1 ANtiqua hæc quæstio; sed & inter *Neotericos* quoque magnis contentionibus agitata, utrum scilicet is, qui servitutem ha-
2 bet, novum opus nunciare possit. Mihi cum *Fabro* convenit in eo quod distinguendum sit, utrum vicino qui opus faciat, an Domino sit nunciandum, nam & hanc distinctionem
3 sequutus sum in *Suspicionum libris* cum egi de hac re, sed in cæteris, quæ in hoc capite, profert, non possum *Fabro* assentiri præsertim in eo quod post *Cuiacium* subdistinguendum vult, utrum opus directò fiat cōtrà servitutem an verò non directò, ut primo casu concedat nunciationem, secundo nequaquam, sed ius tantum servitutum vindicandarum, quippe esse supervaneam huiusmodi subdistinctionem, nullamque rectam habere rationem ex eo dignoscitur, quod aut ex novo opere impeditur usus servitutis, aut non impeditur; si primum, semper directò fit cōtra servitutem, ideoque semper nunciationi locus; si secundum ad quid hoc ius vindicandarum servitutum conceditur?

4 Rursùs, & in eo à *Fabro* dissentio, quod adversus Dominum cōcedit ille nunciationem saltèm in eo casu, in quo directè, ut ait, contra servitutem novum opus faciat; verum egò, ideò dominum à vicino distinguēdum puto, quoniam adversùs dominum nullo casu nūciationem permitto cum *Iuliano in l. 1. §. fin. & in l. 2. D. de novi op. nunciatione in l. unica §. item Iul. D. de remissionibus.* Et sanè qua fronte etiam si directò contrà servitutem dominus faceret, poterit ei, is, qui non nisi servitutem habet, novum opus nunciare, si quotiès nunciat, ut procurator domini, idest ut procuratoreius nunciat, an non satis quod ei permittatur servitutes vindicare?

5 Denique quod ait *Faber*, quod cum alius, dominus ædificat in detrimētum servitutis, & si non directò contrà illam, poterit ei nunciari, quia nullum ius habet ædificandi: verùm quidem est, sed pugnat cum *l. 1. & l. uti frui §. utrum D. si usufructus petatur* in quibus iuribus fructuario adversus vicinum ædificantem nō nunciatio permittitur, sed vindicatio ususfructus, & eo magis pugnabit, si nil speciale esse in usufructuario quam quod fit in cæteris, qui servitutes habeant dicemus cum eodem *Fabro num. 11.* in fine, quanquam nos, & alitèr credimus, & auxilio emendationis resecandam dissolvendamque antynomiam alibi diximus.

6 Porro agnoscunt quoque vulgares *Interpretes* dissentionem inter citata Responsa in *l. unica §. item Iuliano D. de remissionibus, & l. qui viam 14. D. de novi operis nunciatione eo,* quod in primo conceditur ei, qui servitutem habet, nunciatio novis operis, in secundo denegatur; Item & in eo quod dictum est ab *Vlpiano in l. 1. §. ultimo enim l. sequenti D. de novi operis nunciatione.*

7 Hinc conciliandi varios exeogitarūt modos post *Accursium ad d. l. qui viam, Bartolū, Iasonem, & Alexandrum ad d. l. 1.* de quibus sicut, & de *Neotericorum* conciliationibus videndi *Broncbosten Enantophian. cent. 1. asser. 94.*

*asser.*94.& si ex Recentioribus quidã *Fabrum* sequantur, & inter hos *Valenzia lib.*2.*tra.*1. *cap.*5. *de personis, quæ nunc possunt novum opus* quidam verò impugnent, & potiùs assentiantur *Cuiacio* cum *Bartolomeo Chesio* Doctissimo J.C.*interpret. juris cap.*39.*n.*15.

8 Ex *Pragmaticis* verò sunt qui credant, habenti servitutem nunciandi novum opus ius non esse cum *Tepata lib.*1.*sent.tit.de non. operis nunciatione*, sunt qui aliter sentiant, unde nil certi de eorum sententia afferri potest, nisi quod quomodo, & quando novum opus nuncietur, doceat *Borgoguinus dec.*23.*de contractibus p.*2.

9 Et ꝙ ut exploratū apud eosdem constet, cū nunciatio fit ab eo, qui authoritatem nunciandi non habet, non eam tenere, modò id iàm compertum, certumq; sit *Gaillus obser v.* 16. *lib.*1. *Berous q.*3. *num.*6. nam si non constet liquidò, & in promptu ius non esse nun-

10 ciandi, & si nunciatio iniusta alioquin videatur, timenda est, & Magistratui parēdum erit; adeo ut si in contemptum ædificetur quamvis constiterit tandèm iustè ædificatū fuisse, adhùc opus demolire cogetur eiusque sumptus etiam postquam nuncians fuerit victus non præstabit quia per contumaciam suam reus, jacturam est passus *Magonius dec. Lucensi* 29. *& Franc.Marcus qu.*588.*Francus*

11 *dec.*331.*nu.fin.* Verùm iniustè nouum opus nuncians teneri actione iniuriarum idem *Gaillus* loco citato, asseverat. In praxi tamen receptum est, ut nunciato novo opere præste-

12 tur cautio de demoliendo, & interim prosequatur ędificium iuxtà tradita à *Papomio lib.*8 *tit.*4. *Aresto* 8. *& a Tesauro dec.*204.

CAPVT VI.

De oppignoratione servitutum.

SVMMARIVM.

1 *In tractatu de servitutum oppignoratione plura Interpretes scripsère.*
2 *Nos negamus servitutes oppignorari posse.*
3 *Constitui tamen in pignus posse concedimus.*
4 *Quæ hic Faber, iam alij tradidere.*
5 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
6 *Servitutes prædiales rectè oppignorantur.*

1 IN eleganti hoc tractatu de servitutum oppignoratione plura scripsère *Interpretes* post quos, & nos nostram sententiam propo-

Tom. II.

suimus in *Suspicionum libris* cui nunc insistentes dicimus, primò servitutes nullo modo

2 sivè vrbanæ sint, sivè rusticæ posse oppignorari; nam cum in rusticis, tum in urbanis eadem militat ratio, quæ id vetat; sunt enim omnes pariter prædiorum jura, & ideò sicuti absque prædijs, quibus cohærent, neque usucapi, neque locari, ità neque oppignorari poterunt; nam nec tradi, nec possideri. Undè rectissimè, quod dixit *Marcianus in l.it, qui bona* 11. §.*jura prædiorū D.de pignoribus.* tam de servitutibus urbanis, quam de rusticis accipiendum est, nèc cum *Accursio* comminiscidistinctiones debēt ubi nulla distinguendi ratio.

3 Deindè admittimus pignoris loco, servitutes sivè urbanæ, sivè rusticæ, posse constitui, quod longè aliud est ab eo quod negavimus, idq; ex utilitatis causa receptum cum eodem Juris Consulto, defendimus.

4 Cæterùm quoniam quæ hic *Faber* vulgaria, & ab alijs multò meliùs tradita sunt, præcipuè ab antiquis *Bartolo, Baldo, Angelo, & Alberico*, non est in illis insistendum sicut nec in eo quod de perpetuitate utriusque generis servitutum; nempè urbanarum, & rusticarum asserit, quod à *Jasone* iam olim fuerat animadversum; dum contrà *Accursium, & Bartolum* disputat in §. *item serviana n.*117. *instit.de actionibus*, & in *l.obligationem nu.*6. *de pignoribus*.

5 Verùm illud notandum quod cum de oppignoratione servitutū agitur, invaluit apud Nostros sententia, quod urbanę quidèm servitutes oppignorari non possunt, rusticę autem possunt, quoniam ita in duobus responsis in *l.si quis bona* 11. §.*jura prædiorum, & in l. sed an via* 11. *D.de pign.& hipot.* expressum dixère *Accursius* ibidem, & *Bartolus, & Repetentes* omnes, quibus assentiuntur *Pragmatici* cum *Negnzantio de pignor.*3.*membro p.*2. *num.* 17. *Cepolla de servitutum urbanarum c.*12.*n.*4.*Feliciano de censibus lib.*2.*c.*4.*num.*8 *Gaito de credito c.*4.*q* 7.*nu.*305. *& Merlino de pignorib.lib.*2.*tit.*1.*q.*25. de reliquo, cum inter has leges esse antynomiam vulgò existimetur (quasi adeo stupidus, & vecors *Tribonianus* fuerit, ut duo Responsa sibi invicem pugnantia in uno aspectu coniunxerit) plura comminiscendi ansa data *Antiquis & Neotericis*, quorum opinamenta collegit *Genoa in conciliatione legum* ad hæc responsa, & *Bronchosten Enanio.cent.*2.*assert.*22.

6 At quanquàm oppignorari servitutes nequeant, posse tamèn locari, si personales fuerint, secus si prædiales, ut Nostri volunt post *Caroc.de locato p.*3.*q.*17.*tit.de serv.* receptū est; cuius dictis addèdum vellem, quòd servitures prędiales, locato prædio dominante, & ipsę locantur, undè absulurè non erit dicen-

dum,

dum, servitutes reales sive prædiales locari non posse, sed locati sine prædijs non posse.



CAPVT VII.

De eadem re.

SVMMARIVM.

1 *Fabri sententia, & distinctio.*
2 *Revocatur in dubium.*
3 *Rursùs reicitur ab eo allata ratio.*
4 *Quid Nostri.*

1 Quam hic circa proposita proponit sententiam *Faber*, quam in unum conflavit ex *Cujacij*, & *Duareni* sententijs; in ea autem primò dicit separandas esse servitutes rusticas ab urbanis; deindè constitutas à constituendis.

2 Sed quoad primum distinctionis caput attinet, cum nullo iuris loco, in hac re, de qua agimus, distinguantur urbanæ à rusticis servitutibus, non jure eas nos separabimus si credendum Regulæ *l. de pretio D. de public. in rem actione*, neq; eò quòd *Marcianus* primùm in urbanis proposuerit exemplum, & de Rusticis deindè *Paulus* sit locutus, discriminis potuit inducere suspicionem; nàm quamvis sint servitutes Urbanæ à Rusticis diversæ, contrariæ tamèn non sunt, & ideò non ex eo, quod aliquid in Vrbanis affirmatur, sequetur statim ut idipsum in Rusticis negandum esse, quandu quinimmò quod in primis dictũ est, rectè & in alijs dicetur, militante eadem ratione. Unde cum Ratio perpetuitatis ipsarum servitutum in utraque specie vigeat, eaque faciat ut oppignoratio prohibeatur, sequetur necessariò, ut idem in utraque specie dicendum sit, illud verò, quod ab alijs allatum arripit *Faber*, nempè quòd non adeò utiles urbanæ servitutes futuræ sint, quàm rusticæ ei, cui in pignus dantur ad rem non pertinet; quippè ut possint oppignorari, vel non possint, ex ipso servitutum iure descendit; ut verò facilius, vel difficiliùs iuveniant, qui eas sibi oppignoratas velint, hoc illud est, quod ex ipsarum utilitate nascitur; hinc, & refellitur consideratio illa, de qua idem Author disserit *num. 8.* quod vicinus nunquam empturus sit urbanam servitutem ab eo, qui sibi constituram habet; quoniàm ejusdem servitutis utilitatem consequitur citrà emptionem; si enim ædes Titij vicini mei debeant Caio servitutem altius non tollendi, & meæ interpositæ sint, non potest fieri, ut ea servitute utatur Cajus, quin ego etiam ea non utar; Nàm ut diximus hæc utilitatis Ratio non aliud operatur, quam quod difficiliùs oppignorabuntur Vrbanæ (vel ipso *Fabro* fatente) at non ideò ut nunquàm, nam & si hanc rationem attendamus, dicemus quod adhuc possint esse utiles aliquando secundum facti circumstãtias, & saltem erunt tales, ad hoc ut non possit qui eam habet, in mei præiudicium (si illam in pignus recepeto) servienti fundo remittere.

3 Ad hæc, dum de constituendis servitutibus urbanis disputatio est: (in constitutis enim nullam admittit oppignorationem, sicut nèc locationem, nèc venditionem absque ipsis prædijs noster *Faber*) prorsùs ineptè investigandum sumeretur, an vicinus empturus eas sit, nèc nè, & an eis citrà emptionem sit fruiturus: quandoquidèm, aut creditor, cui in pignus servitutes constituuntur, vicinum habet prædium, & utilis constitutio ei erit, sivè urbanum, sivè Rusticum prædium, sivè urbana, sivè Rustica servitutes fuerit, aut non habet, & tamèn cum debitore poterit, ut servitutem in pignus constitutam, vendere, aut locare, vel in pignus dare vicino liceat, atque ità utilis (& si non vicino creditori constituta) eiusdem servitutis constitutio erit.

Cæterùm si per species servitutum discurramus, inveniemus non in omnibus servitutibus verum, quod citrà emptionem vicinus ipsis possit frui. Finge mihi à Titio quousque centum sibi à me mutuata reddat, constitutam servitutem stillicidij immittendi, aut fluminis recipiendi, poterit, ne vicinus citrà emptionem in ædes Titij stillicidium immittere, aut flumen in ipsius fundi cloacam dirigere? Certè non poterit; ergo nequaquam ei utilis servitus. Idipsum dicemus, & in servitutibus tigni immittendi, aut oneris, & similibus.

Hæc autèm cum ità sint alio modo hujusmodi disputatio de opignorandis servitutibus tractanda est. Nus post doctissimos viros, quòd in ea sentiremus proposuimus alibi.

4 Nùnc quid alij sentiant videamus. Et quidèm distinguendum intèr servitutes constitutas, & constituendas, sivè ut vocant Nostri intèr servitutes formales, & reales *Antiqui* Doctores, & *Neoterici* scripsère, sicut & *Pragmatici* quoque', ut vel ex uno *Castilli loco de usufructu cap. 70.* videre est; magis tamèn cõmuniter placuit, servitutes formales Rusticas, & jàm constitutas pignorari non posse, quod docuit *Bartolus*, *Cinus*, *Neguzantius*, *Gattus*, *Castillus*, & alij, cum quibus *Mercurialis Merlinus* loco suprà citato *num. 11*, & si plerique veteres post *Glossam in l. sed an via*, *& Ful-*

& Fulgosium in l.si is,qui §.ult. aliosque à *Castillo* citatos *num* 23. & nonnulli ex *Neotericis* cum *Connano comment*.4. *cap*.14. *num*.2. & cum *Bacovio de pignoribus lib*.2. *cap*.7. oppositum verum esse cooteodant, & adhùc servitutes constitutas posse oppignorari clament, Juribus,& Rationibus adductis.



CAPVT VIII.

De usufructus oppignoratione.

SVMMARIVM.

1 *Vsusfructus eximitur à communi Regula servitutum.*
2 *Quarntione.*
3 *Opponitur huic doctrinæ.*
4 *Quidam dicunt, cessionem extinguere usumfructum.*
5 *Alij negant.*
6 *Alii aßerunt cessionem non valere.*
7 *Alii improprie cedi poße eiusque commoditatem,concludunt.*
8 *Non mala Accursii aßertio.*
9 *Quid Repetentes, & Pragmatici de usufructus oppignoratione.*
10 *Quid illud sit quod in usufructu oppignoratur.*
11 *An in alienatione usufructus,locus sit retrotractui,quidam affirmant, alii negant.*
12 *Bacovius distinguit.*

1 A Communi servitutum Regula in hac de oppignoratione servitutem disputatione,exeipi usumfructum vulgatissimum est ex *l.is,qui* 11. *§.usufructus D. de pignoribus*: at non adeò excipi ut directò, & statim pignus usufructus valeat; sed ut exceptionis ope tueatur Prætor creditores, ut *Papinianus* in *d.§.*docet.Ergo in eo dumtaxàt diversitas consistet, quod servitutes constitui in pignus possint, at non constitutæ possint oppigno-
2 rari, usufructus verò tum constitui pignoris loco, tùm etiàm constitutus dari in pignus poterit, Rationem autem si quæras, utilitas est,non quidèm ipsius rei, ut malè eredit *Faber* hic, & in capite antecedenri, dum disputat an servitutes urbanæ utiles quoque, alteri esse possint, sed utilitas contrahētium, utilitas societatis humanæ, quæ nō solùm in hac materia;sed in plerisque alijs à Legislato-
3 re Civili,considerari, & foveri solet. Cæterùm *Interpretibus* magnum negotium in hac re facessit *l.si usufructus 66.D.de iure dotium,* *& §.finitur instit.de usufr.* in quibus cum dicatur alteri usumfructum cedi non posse, videtur concludi,quòd ideò nèc oppignorari pos-
4 sit,siquidē & hoc cedere, & alienare est. Hinc suot, qui fatentur ex dictis iuribus cessionem usufructus,adeòque alienationem,extinguere illum atque id esse qood iura prædicta statuant, ut *Arnoldus Vinnius* in commeot. *ad*
5 *instis.*differit: Sunt verò qui cessionem tueantur,& in *d.l.si usufructus 66.*dicunt extingui quidèm usumfructum, sed non tùnc eum ceditur, led cùm demum cedeos moritur, & si cessionarius vivat, ut *Pinellus* scripserat ad *l.1.par.3.num.3.de bonis maternis,& Vvesembecius in Paratilis Digestorum ad tit.quibus*
6 *modis usufr.omitt. num.5.* alij cessionem quidèm non valere existimant; sed non ideò extingui usufructus ob eius factam cessionem, atque hoc esse quod dicit *Justinianus* in *d.§.finitur*, ibi, *cedendo nihil agitur*, idest inutilirèr omninò agitur, nàm nèc usufructus in cessionarium transit, nèc ideò extinguitur,ut declarant ad §. prædictum *Vvesembecius, Ant. Matteus*,& sequaces,cum quibus
7 *Broncosten enant.1.asser.91.* Et deniq, sūt alii, qui fatentur rectè quidē cedi usufructus posse,idest commoditas utendi fruendi in alium transferri, verùm nequaquam usumfructum esse cessum, saltèm propriè,& Juris Consultorum more, apud quos verbum *cedere* translationem dominij importat, ut *Cicero* in *Topicis*,& *Boetius* testantut, ut ex *Vlpiano* in *fragmentis* colligitur *tit.11.§.6.& tit.19.§.13.* & lariùs *Arnoldus Vinnius*, *& supra*, *& Bachovius* in notatis *ad citatum Vvesembecii in Paratitilis* locum explicant, quorum dictis me libens subscribo.

8 Porrò illud quoque animadvertendum in *Accursii* ratiocinatione quam reprehendit *Faber num.7.* quod non adeò mala est assumptio illa, *quòd servitutes in bonis nostris non sint*, ideòque rectè à doctissimis viris recepta,& defensa præcūte cæteris *Ant.Goveano variarum c.14.* & sanè & si non ex eo,quod oppignoratio rerum alienarum non valeat; saltèm ex eo quod locari servitutes sine ipsis prædijs,oppignorari, aut vendi non possint, rectè concludetur in bonis nostris eas non esse,quanquàm extra booa non sint, de qua te qui plura velit, adeat *Linklamam membranorum 7.cap.43.§.1.ad Paulum.*

9 Sed quicquid sit de servitutibus, illud certum, quòd usufructus oppignarioni non est qui contradicat ex *Interpretibus*, neque ex *Pragmaticis*, ut videre est apud *Pinellum in l.1.par.3.num.40. C.de bonis maternis, Trentlerum volum. 1. disposit. 16. de usufr. thesi 10. lit.B. Castillum de usufructu cap.52. num.10. Ciriacum contr.490. num.2. Merlinum*, qui plures adducit *lib.2.de pignoribus tit.1. q. 23.*

Et

Et quanquàm ad materiam plures adhiberi ſolent diſtinctiones tùm intèr uſumfructum conſtitutum,& conſtituendum,tùm inter uſumfructum cauſalem , ut vocant , & formalem,ut apud citatos *Doctores* videre eſt, ſempèt verum erit . Primò, quod poſſit Dominus loco pignoris,rei ſuæ uſumfructum in beneficium alterius conſtituere, quanquàm hic contractus *anticreſis* potiùs dici debet , quàm oppignoratio. Secundò, quòd ſi idem Dominus rem aliquam fructuoſam alicui oppignoret,videtur & uſumfructum,ſivè potius commoditatem illam, quàm habet in reipſa oppignoraſſe, atque hoc modo rectè dicetur, uſumfructum ſaltèm cauſalē , & improprium oppignoratum iuxta notata à *Neguzantio de pignoribus par.2. membro 3.num. 9. Gasto de*
10 *credito cap.4. num.* 2953. quamvis dicendum eſſet magis propriè poſſe uſumfructuarium non quidem iùs merè perſonale , & quod ei à conſtitutione uſusfructus competit, ſed reale quod in utendo fruendo atque ità etiam extrà perſonam conſiſtit,eiuſq; utendi fruendi commoditatem, ut Noſtri paſſim explicant cum *Caſtillo de uſufructu cap. 69. & Bachovio ad Treutlerum loco citato* , creditori ſuo pignoris loco cedere atque hoc erit uſumfructum oppignorare. Et hoc ſanè caſu neq; eiuſdem uſuſfructus , uſusfructus cōſtituetur, nec uſusfructus, per ceſſionem in aliam perſonam factam extinguetur ex Regula *l. ſi uſusfructus* 66. *D. de iure dotium*; quoniàm commoditas,ut dictum eſt, ceditur,non uſuſfructus, ut in ſimili diſſerit *Covarr. variarum 1.cap.10.num.7.* Et *Pragmatici* admisère difficultatem *d.l.uſusfructus* 66. *& §.finitur* non ignorantes,ut apud *Caſtillum de uſufructu cap.69.*

11 Illud autem apud eoſdem in controverſia eſt, utrum alienato (quo poteſt modo) uſuſfructu locus ſit retractui nàm *Tiraquellus de retractu §.1,Gloſſa 7.num. 54. & Alexander tomo 1.conſ.52.num.2.* alijque negant; affirmant verò *Afflictus de iure protomiſeos col. 10. verſ. item quæro*, & *Caſſanens ad conſuet.*
12 *Burgundiæ rub.10.§.1. num.14. Bachovius* tamen ad *Treutlerum*, loco citato, affirmat quidèm retractui locum eſſe; ſed ex perſona primi uſuſfructuarij.





CAPUT IX.

De uſucapione: & longa quaſi poſſeſſione ſervitutum.

SUMMARIUM.

1 *Differunt Urbana à Ruſticis ſervitutibus quo ad uſucapionem .*
2 *Fabri aſſertio , & verba.*
3 *Reicitur .*
4 *Replicatio* Fabri .
5 *Confunditur replicatio.*
6 *De diſtinctione intèr ſervitutes continuam, & diſcontinuam cauſam habentes.*
7 *Noſtra ſententia .*
8 *Quid Pragmatici .*
9 *Præſcriptio iurium incorporalium ſine patientia,& ſcientia,non perficitur.*
10 *Perſcriptione inveſtitura Rei feudalis acquiritur.*
11 *Acquiritur uſus Inſignium .*
12 *De ſervitutibus negativis .*
13 *De habentibus cauſam continuam .*
14 *De præſcriptione ſervitutum .*
15 *In Præſcriptione iuriſdictionis non fit extenſio.*

1 ET ſi quoad oppignorationem attinet, haud differunt urbanæ, à ruſticis ſervitutibus, differunt tamèn quoad uſucapionem, & longam quaſi poſſeſſionem, ſiquidèm hanc differentiam apertis verbis propoſuit *Caius in l.hac autem 5.D.de ſervit.urb.* & explicarunt ſatis dilucidè *Interpretes* ad hunc locum, ex quibus *Faber* deſumpſit, propoſuitque in hoc capite ad *num.uſque* 5.

2 Sed in *d.num.* 5. dum plus æquo differentiam exagerat,ad aliud traſgreditur extremū. Contendens tùnc demùm ſervitutem urbanam,non utendo amitti , cum is, qui eam debet, uſucapiendo libertatem ſuarum ædium , acquirit aliquid eidē ſervituti contrarium, id quod ſic explicat: *Exemplum eſto. In eo, cuius ædes debebant ſervitutem altiùs non tollendi; nam ſi ædes ſuas altiùs ſublatas habueris per ſtatutum tempus,non tantùm dicetur uſucapiſſe libertatem ſuarum ædium; ſed etiam hoc ipſo acquiſiviſſe ſervitutem altius tollendi , ſcil. ut habeat ius ædes ſuas altius tollendi , invito etiam vicino .*

3 Sed ùt ſolet in hujuſmodi Ratiocinatione fallitur Noſter *Faber*; nàm primò ſi legem *Scriboniam* conſideremus;quia hæc ut *Paulus* reſpondet in *l.4. §. ult. D. de uſucap.* naturam

ſequu-

sequuta, servitutes acquiri usucapione prohibuit, & è contrà libertatis acquisitionem adversùs ipsas servitutes constitutas, non solum permisit, sed fovit; sequeretur adversùs seipsum, & adversùs suum propositum operatam hanc legem, si non posset acquiri libertas, nisi & servitus imponeretur, quoniam eo ipso quod iuvaret acquirentē, seu usucapientē libertatem per longam quasi possessionem, faceret, & permitteret, ut alia servitus imponeretur multiplicando quod tollit, aut potius non revera libertatem præbendo, sed mutando, & transferendo servitutes. Deinde si ad exempla descendamus, eo quod servitus non constituitur, nisi adversùs libertatem, nunquam rectè constituiße servitutem altius non tollendi dicemus eum, qui aliàs iure, vel facto impeditus erat altius tollere, hic enim, & citrà servitutem id non potest; sed dicemus eum constituere qui cum posset ad Cœlum usque ædes suas extollere, se obligat ne altius tollat, facitque, ut ædes suæ excrescere ultra certam mensuram nō possint; is autem si per tempus determinatum super illas inædificatum habuerit, contra promißam servitutem, recuperabit primævam libertatem altius tollendi; sed non ideò aliam servitutem vicino quōdam domināti imponet; nil enim aliud ei licet, ex eo quod usu cæpit libertatē, nec quicquam aliud habet ultra id quod licuerat ei à principio, & quod habebat antequam servitutem constitueret: ergo falsa *Fabri* ratiocinatio est; nisi dicere velimus eos omnes, qui habent ius ad Cœlum usq; ædes suas extollendi (modo, quo à jure eis permissum) eo ipso servitutes habere super vicinis prædijs. Hinc facetè *Marcus Linklama membranarum 7.c.28.* (ubi disertè, & ipse nonnulla movit adversùs *Fabrum*) scripsit non minùs esse seruitutem somniare super libertate acquisita, quam Mahometicum sepulchrum in aere facere.

4 Non cedit tamèn *Faber*, & ut se tueatur, sic se explicat *nu. 7. nec pugnat quod proximè diximus usucapi non posse libertatem servitutis urbanæ, quin hoc ipso servitutes priori contraria usucapiantur, lege autem scribonia sublatā esse usucapionem servitutum; illa enim servitus contraria, quaper usucapionem libertatis acquiritur, non est talis servitus qua videri debet odiosa, & cuius usucapionem oportuerit eam ob causam lege scribonia inhiberi. Cum ea nihil aliud inducat, quàm ut dominus prædij antea servientis possit liberè uti fundo suo, ac si nunquam servitutem debuisset, nisi quod hoc ipsum ius liberè utendi fundo suo servitus hodie est, quod non esset servitus, si contraria nulla præcessisset.*

5 Argutiæ tamèn hæ sunt, sed ineptiæ. Primò ait quod is, qui libertatem acquirit, aliquid aliud amplius acquirit; nam servitutem habet quam non habuisset, nisi prius servijsset; at qui, rogo acquirit hāc servitutem, super vicini fundo acquirit an super suo? & si super suo quomodo acquirit libertatem acquirēdo servitutē? cum omnis servitus minuat aliquid conditionis eius qui servit; & quomodo non minuet si hæc diminutio illa est quæ ius in acquirentem constituit? in quo ergo consistet hæc servitus quam acquirit, qui suum dūtaxat recuperat? dices in eo quod possit fundo suo libero uti. Respondeo hoc esse libertatem à præcedenti servitute atque ita vetus jus suum acquirere, non aliud novum. Denique quis patiatur meliorem conditionem esse illius fundi, qui aliquando servierit, quàm eius, qui nunquam? quis credat quod ex eo quod aliquando fundus servitutem debuit, nunc & liberum efficiatur, & dominans; an non contradictiones conflari, erit asserere qui libertatem consequitur sui fundi, eo ipso in eodem servitutē nancisci & id ius novū dare domino, & tamen fundi conditionem non diminuere, eum in eodem fundo ius detur, & denique acquiri hoc totum per usucapionem, & nil tamen acquiri novi, & similia?

Sed, & si ita nos disseramus non negamus tamen posse eum, qui servitutem habet, ipsam remittere, & ultrò alteram contrariam constituere, de qua re videndus *Vulteius in comment. instit. de servit. n. 19.*

6 Præterea circa distinctionem illam ab interpretibus nostris fereco mmunitèr admißā, ut videre est apud *Balbum 2.p.3. partis princ. qu.3.* inter servitutes continuam, & discontinuam causam habentes, quam *Faber* hic impugnat *n. 13.* & *Joannes Corasius* streouē defedit ad *l. servitus 4.n.3. D. de servitut.* Observandum est quod non desunt ex recentioribus, qui eam reijciant tanquàm commentitiam, & inter hos sunt *Fachineus 8. contr. c. 22* cuius dicta mirum in modum vires acquirunt in ore *Blasij Cusani* Antecessoris Primatij, ac omnigena eruditione, eloquētia etiā, & Poesi admirando, & conspicuo, Item est *Augustinus Mella in suo nobili tractatu de usucapionibus par.1. cap.6.* Sicut nec desunt qui partim admittant partim respuant sectantes mediam quandam sententiam, quos citat *Osualdus ad Donellum in notatis 15. comment. c.11. a lit. F.*

7 Quod si quis quid ego sentiam scire velit, paucis dicam, admitto distinctionē, explicationem tamèn reijcio; nam primum statuo nullam esse servitutem quæ causam non habeat perpetuam; quod me docuit *Paulus iul. foramen 28. D. de servit. urb. præd.* dixi perpetuam, non continuam; nàm longè diversa hæc sunt, quod & *Faber* vidit *nu. 5.* Deindè observo, quod ex servitutibus, quæ omnes (ut diximus) perpetuam habent causam, quædam quæ-

quædam continuæ sunt, quædam disconti-nuæ. Continuæ sunt illæ, quarum usus continuus est, discoorinuę quorum usus non item

His positis securè pronunciari potetit verissimam esse distioctionem inter conrinuas, & discontinuas servitures, tanquam ea, quæ sensibus pateat. Nèc obstare quæ ex adverso Quidam movent; nàm illa probaot quidèm, quod omnes servitutes causam babere debeàt perpetuam, ut dieitur in *d.l.foramen*: at non quod omnium osus oporteat esse continuus. Nam neque universalitèr definiri potest (ut quidam incautè faciunt) quod omnes servitutes urbanæ sint continuæ, siquidem esto tales sint in maiori parte, nàm postquam semel in servitute oneris substinendi paries meus fuodo tuo hærebit, conrinuò sulcire paries ruus cogetur, sicoti & tigno semèl immisso continuò illud hærebit, & ædes continuò infrà meas habere debebit si altius non tollendi servitutem mihi constituisti; Attamèn intèr urbanas, sunt quædam servitutes, quarum usus nequaquàm cootinuus, talis est servitus stillicidij, cuius usus continuus non est; nam non continuò pluit: & si causa perpetua, & naturalis sit, id quod est, quod ait *Paulus* in citata *l.foramen*, unū autem diversum ab alio est, ideòque hallucinātur qui id non credunt. At viceversa nec definiri potest, quod omnes rusticæ servitutes discootinuæ sint, nàm quædam ipsarum continuæ, ut est servitus aquæductus: finge in fundo tuo esse caput aquæ *l.1 §.loquitur D.de aqua quotidie, & æstiva*, & ex eo per fistulas, aut canales me ducere posse aquam in fundū meū, an non semel canali imposito, aut rivo effecto, continuò aqua fluet? pereonem enim eam esse supponimus, & tamen servitus hæc aquam ducendi inter rusticas adnumeratur io *l.1. D.de servit.rust. l.1. D.si seru.vindicetur*, & similibus.

8 Sed quanquam ira nos, attamen circa servitutum usucapionem, & distinctionem ioter illas, quæ cootinuam habent causam, atq; discontinuam, plerique ex *Pragmaticis* eadē ferè quæ *Faber* hic sentijsse videntur, sequuti *Cravettam cons.*829. *Cepollam de servitutibus, urban.pred.c.*24. & similes, cum & illud apud eosdem receptum sit, ut servitus discoorinua non præscribatur minori spario, quam annorum centum, *de Franchis decis.*183. *num.*12. & banc centenariam præscriptionem etiam sine titulo iuvare, ut passim iactant.

9 Rursus, & illud ex eorum traditis primò adnotandum, quod perscriptio jurium incorporalium sine scientia, & patientia non perficitur, ut docuit *Bartolus in l.*14.*n.*6.*D. de sevitutibus, & Ozascbus dec.*101.*num.*19. & proinde cum scientia, & patientia non præsumantur *Cravetta cons.*134.*n.*14.*& cons.*292 probari omninò oportebit ab eo qui al-

10 legat. Et quoniam hæc patientia, & scientia domini io pròptu probatur cū ipse servitium à feudatario recipit; hinc receprum apud Nostros ex doctrina *Consiliarij Georgij in sua lectura feudali cap.*24.*n.*12. quod si quis domino directo, veluti feudatarius, & Vassallus per spatium triginta annorum paeificè servitia præstiterit, is videbitur de Re feudali pro qua servit investitus, eiq; dabit hæc presumptio, legalem quandam investituram quæ nec registratione in quinteroionibus nec privilegio assensus indigebit, ut ex Constitutione Regni *Consuet.pravam* ex *Afflicto* ad ipsam ex *Camillo de Curti in diversorio feudali nu.*118. *de Georgio alleg.*3. *num.* 13. *Montanus in cap. Imperialem §.praterea ducatus n.*155 firmat.

11 Pertinet quoque ad patientiam domini eamque præseferr, casus ille de quo *Capycius decis.*189.*num.*8. nempè cum quis insignijs, quæ omnibus parent utitur in alieno Territorio, nam hic si adsint adminicula quatriennio ius illud urendi præscribet.

12 Notandum secundò, quod si servitutes sint negarivæ, non iocipiunt præscribi, nisi à die prohibitionis *Capycius dec.*209. *num.*25. ea nimirum de causa, quod ea quæ sunt meræ faculraris, non præscribuntur, nisi à die, in quo prohibirus incipir prohibirioni aequiescere de *Franchis decis.*166.*n.*8. alijque penes Addentes.

13 Notaodum 3. quod si servitus caulam habear continuam amittetur per non usum, & per cursum decennij, à quo cæpit non uti, qui eam habebat, ut *Cravetta notavit cons.*124.*& Hartam. Hartamani tit. de servitutibus lib.*1. *cap.*4.

14 Notandum tertiò posse servitia dominum cōrra vassallos prescribere, & è contrà vassallos eorumdem servitiorum immuoitatem adversus dominum; sed quanto tempore, habes apud *Boerium dec.*192.*&* 211. *Mising.obser.*28.*cent.*4.*& obser.*29.

15 Denique, & illud notandum, omissis reliquis, (quæ apud eos, qui de materia tractàt de facili invenies) quòd in materia præscriptionis jurisdictionis non fit exrensio de re ad tem, aut de casu ad casum, licèt fiat de persona ad personam *Puteus dec,*107. *lib.*1. *Capycius dec.*209. *n.fin.*





CAPVT X.

De differentijs usucapionis, & præscriptionis longi temporis ia acquirendis servitutibus.

SVMMARIVM.

1 *Quadam pranotanda de servitutum usucapione.*
2 *Quid lege 12. tabularum.*
3 *Quid ex interpretatione prudentum.*
4 *Quid lege Scribonia.*
5 *Prima differentia à Fabro allata.*
6 *Sed non indistincte vera.*
7 *Secunda differentia.*
8 *Sed minus vera.*
9 *Subvertitur* Fabri *fundamentum.*
10 *Tertia differentia.*
11 *Qua in dubium revocatur.*
12 *Quarta differentia.*
13 *Non undequaque tuta.*
14 *An in præscriptione requisitus titulus, Fabri Responsio reijcitur.*
15 *Nostri de præscriptione tractant.*
16 *An pactum de retrovendendo præscribi possit varia sententia.*

1 ANtequàm differentias illas, quas in præsenti capite *Faber* proponit, inter usucapionem, & præscriptionem longi temporis, cum in alijs, tùm præcipuè in acquirendis servitutibus discutiamus; quædam de ipsarum servitutum usucapione erunt investiganda, ad hoc ut sciamus, an ullo iure ea permissa.

2 Et primò certum est *legem 12. tabularum* nequaquàm in suo illo capite, ubi de usucapionibus egit, de servitutibus loquutam fuisse, verba enim illa *usus authoritas fundi biennium esto* potuère quidèm & ædes comprehendere, vel ad ædes porrigi, ut *Ciceroni in Topicis* placuit, aut ad similia: sed ad servitutes nō potuerunt; Ratio in promptu est, nàm cum servitutes non possideantur, & lex de rebus possessis loquuta sit, ut docent meliores *Interpretes* tùm in tit. *instit. de usucap.* tùm ad *l. 12. tabularum* ad caput de quo agimus, præcipuè *Conradus Ritersusius*; sequitur necessariò concludendum nō pertinuisse legē 12. *tabularum* ad servitutes, ut rectè *Revardus lib. singul. ad l. Scriboniam* concludit, quanquàm in hoc vexantur quicquam statuere *Dion. Goth. in comment. ad leges 12. tabularum* à se collectas *lib. 2. tit. 23. num. 1. & Balduinus* identidèm *cap. 9. num. 6.*

3 Secundò, & illud constat, quod sequuti Iuris Prudentes, cum animadvertissent, servitutes, & si non possideri, saltèm quasi possideri, placuit illis usucapionē à *l. 12.* tab. inductam, ad servitutes porrigere, ut colligitur ex *Ciceronis* locis, præcipue in *Oratione* pro *Cecinna* item ex *l. 10. D. si servitus vindicetur*, & docent *Covarruvias ad cap. possessor §. 1. de Reg. Iuris in 6. Treutlerus volum. 1. disput. 7. thesi 8.* qui & alios citat, & novissimè rectè, & eruditè *Carolus Augustinus Mella disput. de usucap. par. 1. cap. 6.*

4 Tertiò sequuta *lex Scribonia*, adeò servitutes odit ut penitùs earum usucapionem sublatam voluerit, & è contrà usucapionem pro libertate, admisit & fovit, ut *Paulus* docet in *l. 4. §. ult. D. de usucap. & lib. 1. sententiarum tit. 17.* & explicant doctissimè *Cuiacius in comment.* ad utrumque locum, *Revardus*, & alij eruditiores, inter quos videndus, & *Bacovius in notis ad Treutleri* locum supracitatum.

His ità explicatis videndum erit, in quibus differebat, aut differat usucapio à longa pos-
5 sessione; & primam differentiam in eo esse, ait *Faber*, quòd usucapio Italico solo concludebatur, ius autem præscriptionis longi temporis ad Regiones etiàm extrà Italiam populo Romano subiectas pertinebat, quod ipsum verum quidèm est, rationemque habet illam, quam *Theophilus* tradidit in §. *per traditionem instit. de rerum divis.* idcòque inter
6 res *mancipi* non esse prædia provincialia dixit *Vlpianus in fragmentis tit. 19.* At non adeò indistinctè verum, etenim, ut rectè *Cuiacius* in notis *instit. de rerum. divis.* & *Revardus ad l. 12. tabularum cap. 16.* advertunt, quandoque prædiis provincialibus Ius Italici soli largitum, atque ità ea prædia res mancipi effecta, quandoque etiam eadem à Populo Civibus Romanis concessa, atque ità *Ius Italicum* adepta, & effecta res *mancipi*; undè minùs verum universalitèr usucapionem dumtaxàt Italico solo conclusam. Sicut è contrario minùs quoque verùm præscriptionem ad Provincias tantum pertinuisse, ex his, quæ *Revardus in suo Triboniano un. 10.* docet, & *Bachovius in notis ad Treutlerum* in similem errorem lapsum, *volum. 2. disput. 22. Thesi 1. lit. H.* ostenditur.

7 Alteram differentiam in eo consistere scribit *Faber*, quod usucapio rerum mobilium anno uno, immobilium biennio complebatur; præscriptio verò longi temporis, quantum ad res mobiles annum similitèr exigebat; sed quantum ad immobiles decennium intèr absentes §. 1. *instit. de usucap.*

8 Sed in his quoque falli noster *Faber* videtur

tur. primò, nàm veriùs est præscriptionem ad res mobiles non pertinere tanquàm non necessariam; sufficit enim usucapi eas posse, ut ex *l. 2. C. in quibus causis cesset longi temporis præscriptio*, ut scribūt ferè communitèr *Interpretes*, quorum præcipuus *Hugo Donellus comment. 5. cap. 4.* Secundò, nàm dato quod præscriptio ad res mobiles pertinere potuisset, sive tanquam utilis recepta, ut docent *Revardus in Tribon. n. 7. Hotom. lib. 7. obser. cap. 7. & Osualdus* in notatis ad *Donellum* ubi suprà *lit. H.* sivè quia necessaria, saltèm in rebus mobilibus provincialibus, ut docent *Gisnerus de præscriptionibus num. 24.* & quidam alii. dato, inquam, quod præsctiptio pettinuisset ad res mobiles, nunquàm tamèn potuit anno uno concludi; quæ sempèr dum præsctiptio erat, decennium, aut vicennium exegit, ut constat tùm ex *l. 13. C. de servitutibus*, tum plerisque ex aliis Juris nostri locis rectè à *Connano 3. comment. cap. 11. num. 2. Revardo in Tribon. num. 9.* explicatis. Item constat ex *Paulo 5. sentent. tit. 5. §. 7.* ubi *Cujacius*.

9 Nèc *Fabri* propositionem probat adductus §. 1. *instit. de usucap.* quod enim ibidē dicitur de anni spatio, ad usucapionem pertinet, de qua tractatur, non ad præscriptionem, de qua neque in dicto §. neque in universo titulo quicquam dictum fuit, quod adeò quosdam movit, ut vellent emēdandam Rubricam, scribendumque cum *Teophilo de usucapionibus, & longi temporis possessionibus*, & ità censent *Cujacius, Pacius, Turaminus*.

10 Tertia differentia in eo est, ait *Faber*, quod per usucapionem dominium acquirebatur, & quidèm absolutū, idest *quiritarium*; at per longi temporis præscriptionem non acquirebatur dominium sed præscriptio tantùm, idest exceptio.

11 Sed neque hanc differentiam admittimus: Vix enim verum est, quod pronunciatur præscriptionem non aliud parere, quàm exceptionem, nàm & si id quoq; credidit antè *Fabrum Ioannes Oldendorpius ad tit. de usucap.* & admittit novissimè *Carol. Ang. Mella p. 2. c. 2 de præsc.* attamèn imposuit omnibus, omnesq; fefellit verbū *præscribere* & *excipere* exposuère quando animadvertere debebant verbum illud ambiguum esse, & translationis speciem significare apud *Rhetores* ut adnotavit *Vvesembecius in Paratitlis de exceptionibus nu. 4.* & ex eo *Bacovius in notis ad Treutlerum volum. 2. disput. 22. de usucap. thesi 1. lit. H.* unde *præscribere* dicit *Mandati* quandam speciem, dum alicui præscribi dicitur quid agere debeat, significat etiam *excipere*, ut in *tit. de except. & divers. & temporalibus prascript.*, & demum significat ius quoddam dominio proximum ex longa possessione quæsitum; & in hac postrema significatione sumendum in præsenti; nàm id exigit subiecta materia, & quia dum usucapioni præscriptio opponitur debemus intelligere, significare eam non solum exceptionem; sed acquisitionem, & causam producentem exceptionem: adeòut secundùm hæc; qui præscripsit nō solū ius excipiendi habebit quod nimis esset fragile, cum de facili amittere posset possessionem; sed & ius quoddam dominio proximum, ut probat *Bachovius* ubi suprà, & utiles etiàm actiones, ut ex *l. si quis diuturno 10. D. si servitus vindicetur*, docent *P. Ghilcher. de præscriptionib. par. 1. cap. 2. num. 15. & Osualdus in Donello 5. comment. cap. 4. lit. M.* quinimmò ut communis docet sententia defensa à *Corasio Miscell. 6. cap. 20. & a Cepolla de usucap. pro emptore in princ. ab Ario Pinello in Aut. nisi tricennale C. de bonis mater. num. 37.* etiam dominium utile acquiret; hinc (quicquid obstrepat *Faber n. 2.* ubi tantùm interdictum recuperādę dat) rei vindicationem præscribêri indulget tex. in *l. si ego D. de pub. in rem actione* in *l. si quis emptioni C. de prascript. 30. annorum*, unde dici solet per præscriptionem mutari dominium *l. Reum, qui 25. D. de usucap.*

Illud verò, quòd *Faber* sub *num. 3.* elicere tentat ex *l. si duo 13. §. Iulianus D. de jureiurando*, commentitium facilè demonstratur, siquidèm non ex eo quod *Julianus* dicat habere qui juraverit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem, utilem actionē; sequitur ergò citrà juramentum non haberet nàm ex eo quia (ut benè *Dionysius Gothofredus* in notis monet) præscriptionis effectus potest concurrere cum effectu iuramenti, rectè infertur, habere qui præscripsit, vel utilem actionem, vel ius quoddam dominio proximum: & habere quoque ex iuramento utilem actionem. Sanè particula illa *etiam*, qua utitur Juris Consultus, dum ait *etiam utilem actionem habere debere* aliquod priùs habuisse eum, qui præscripsit ostendit, quod si quis quid hoc sit, non exprimi in *d. §. Julianus* queratur, replicabo in aliis iuribus, nempè in suprà citatis, à *Neotericis* rectè perpensis, satis expressum fuisse.

12 In quarta differentia, quam in eo esse, ait *Faber*, quod usucapio non interrumpebatur per supervenientem malam fidem, adeòque nèc per litis contestationem; at longi temporis præscriptio non solùm ab initio bonam fidem exigebat; sed per totum possessionis tempus continuatam *l. 1. & l. 2. C. de præscript.*
13 *longi temp.* est, & aliquid observandum; nàm quanquàm verum sit usucapionem, ex sequenti mala fide non interrumpi: ut Respondit *Gaius* in *l. si post acceptam 18. de rei vindic. & Paulus in l. 2. D. pro emptore*: attamèn an idipsum, vel oppositum in præscriptione dicendum fuerit exploratum non est. Et quanquàm

Jaco-

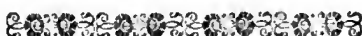
Iacob. Cuiac. ad l. 2. in fine D. pro emptore credidetit ante *Iustin.* debuisse in præscriptionibus bonam fidem continuare, non item post eam; attamen in contrariam sententiam nonnulli viri doctissimi abierunt, & ita locutum *Iustinianum in l. unica C. de usucap. transformanda* observavit, & rectè *Mella par. 2. de præscrip. cap. 2. num. 8.* ut supponeret iàm antea, longi temporis præscriptionem exegisse ab initio tantùm bonam fidē. Hinc est quod docent plerique, & rectè, quod sicut in usucapionibus, ita & in præscriptionibus malæ fides superveniens considerāda non erat, & movere non debebat, quandoquidèm eadem ratio, (quæ illa est quam *Connanus* attulit 3. *comment. cap. 10. n. 9.*) in utraq; militat. Quod si quis potiùs *Cuiacio, & Fabro* assentiri velit, & omninò continuam bonam fidem exigere, adhùc tamèn, ut excipiat, oportet præscriptionem longissimi temporis, in qua bona fide opus non fuisse docent textus aperti in *l. omnes l. sicut l. si quis §. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annorum l. fin. C. unde vi*, rectè expensi à *Forsterio de dominio cap. 9. n. 217.*

14 Propositis his differentijs, deindè sub *n. 4.* ad eam quæstionem venit *Faber*, utrùm in præscriptionibus titulus fuerit requisitus? & distinguit inter præscriptionem immobiliū, & præscriptionem servitutum, & in his non requirit, in illis titulum requirit, sed hæc distinctio non facilè admittenda est; nam quoad primum caput, nempè quoad præscriptionem bonorum immobilium, falsum est titulum requiri, quando ipsamet præscriptio titulus est, ut probant disertè *Donellus comment. 6. cap. ult.* vbi *Osualdus, & Forsterius de dominio c. 9. n. 114.* ex quorum rationibus reijciendi veniūt qui contra sentiunt, præcipuè *Fachineus contr. 8. cap. 32.* Quod si dieas in præscriptione decennali, vel vicennali titulum requisitum in plerisque iuris locis, Respondebo, & de hoc etiam me dubitare: Cæterùm ad rem nostram id non facere, nam *Faber* de præscriptione rerum immobilium, idest de longissima 30. vel 40. annorum loquitur, & hoc est quod nos repræhendimus. Porro si verum esset quod in præscriptione servitutum titulus non requiritur, ut asseverat *Faber*, verum etiam foret, & in præscriptione stabilium nec requiri; nam *Iustin.* ait in *l. 2 C. de servitutibus*, quod servitutes ad instar rerum stabilium præscriptione acquiruntur: ergò vel dicendum est, tum in stabilium, tum in servitutum præscriptione requiri, vel in neutra. Quod si quis ex diametro adversari *Fabro* velit, sciat non improbabilitèr dicere posse, in præscriptione rerum immobilium nequaquàm titulo opus esse, nam ipsa præscriptio titulus erit, & è contra in præscriptione servitutum opus esse titulo, ut *Glossa* præsentit in *l. si quis diutino D. si servitus vindicetur*, nec obstabit *d. l. si quis diutino*, quę occasionem errandi præbuit plerisque; nam ad eam Respondent *Revardus lib. singul. ad l. scriboniam n. 7. Duarenus disp. 1 cap. 34.* quorum dicta cum referat, & rectè *Mella d. par. 2. cap. 3. n. 9.* referre iterum omittam, tantumque velim quod adeatur *Forsterius de dominio c. 9. n. 118. vers. tandem.*

15 At omissa de usucapione disputatione, Nostri circà præscriptionem, ut plurimum sunt occupati; nàm eiusdem magnos esse effectus clamant eosque post *Anellum Amatum cons. 96. & Consiliarium Staibanum resol. 5. a num. 34.* enumerant, & explicant latissimè.

16 Agitant quoque, & magnis, ut solent, contentionibus, tractandum susceperunt, an pactum de retrovendendo spatio 40. annorum præscribatur, nam & si communior opinio affirmat, post innumeros DD. allegatos *a Fontanella dec. 75. & à Surdo dec. 2.* ubi latè *Consiliarius Hodierna*: attamen alij contra illam sentiunt, & negant hoc pactum præscribi posse post *Velascum de iure emphi. qu. 11. n. 17* quosdam alios apud *Rovitum in pragm. 1. de pacto retrovendendo n. 4. & Hodierna* ubi suprà *num. 4.* atque ità decisum referunt *Gallius 2. observ. 18. num. 4. Mising. 1. observ. 16. Rota Avenionen. dec. 129. num. 4. Magonius dec. Florentina 105.* & idem *Fontanella decis. 77.* cuius argumenta, eiusve Senatus authoritatem, frustrà effugere conatur *Consiliarius Staibanus resol. 40. n. 24.*

Sed quicquid alij, mihi videntur in hac materia ea, quæ DD. afferunt, & *Cons. Hodierna* præcipuè esse attendenda, & secundùm illa si casus acciderit iudicandum fore.



CAPVT XI.

Ad l. 3. §. aquæductus D. de aqua quot. & æstiva.

SVMMARIVM.

1 *De conciliatione huius l. 3. §. aquæductus, cum l. si quis diuturno agendum hic est.*
2 *Bartoli conciliatio.*
3 *Revocatur in dubium.*
4 *Faber distinctionem impugnat.*
5 *Sed male.*
6 *Secunda obiectio quæ non stringit.*
7 *Fabriana Conciliatio a Cuiacio mutuata.*
8 *Quid nos sentiamus.*
9 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*

1 QUoniam superiori capite servitutem aquæductus inter servitutes rusticas continuam esse diximus, uti nunc cõmuni *Interpretum* conciliatione non possumus, ut hanc *l. 3. §. aquæductus D. de aqua quotid. & æstiva* cum *l. si quis diuturno D. si servitutem vindicetur, & l. 2. C. de servit. & aqua* conciliemus; nisi constituamus cum
2 *Bartolo* post *Accursium* duplicem esse aquæductus speciem; alterã, quæ continua sit, qualis est illa, de qua nos suprà (cum scil. aqua per rivos ex flumine ducitur) alterã, quæ discontinua, qualis est, cum ius mihi est, aquam à fonte in fundo tuo ad fundi mei commodũ haurire, nam & si sæpe hauriam, impossibile tamèn est, ut continuò hauriam; & dicamus in 1. specie sufficere præscriptioné immobilium longi temporis, in secunda non item; sed opus esse, ut memoria hominis non extet.

3 Verùm, & huic explicationi pleraq; etiam obijci possunt, præcipuè illud, quod quanquàm vera distinctio ista de duplici aquæductus specie, non benè tamen accommodatur ad *Pomponij* verba nimis generalia, & quæ non facilè ad unam, aut alteram speciem restringi possunt, quinimmò quæ si restringerentur, utique ad aquæductus continuos, de quibus in §§. antecedentibus restringenda forent.

4 Sed his omissis, omissisque etiam, quę *Donellus, & Osualdus* in re hac scripsère 11. *comment. cap.* 10. *lit. M.* & quæ *Revardus* in suo *Triboniano*; ad *Fabrum* deveniamus; is primò sub *num.* 4. ut distinctionem suprapositam intèr aquæductum continuum, & discontinuum (quam veram quidem in se esse diximus) reijciat, contendit, omnem aquæductus servitutem discõtinuam esse, eo quod non sẽpèr prędio dominanti expedit, ut aqua ducatur: hinc solent rivi ità construi, ut non-
5 nisi ad voluntatem Domini aquam possint excipere; sed in his noster Coniectator, aut fallitur, aut falli nos vult; præterit enim, aut dolose silet speciem illam aquæductus, de qua in *d. l. 3. §. ductus aquæ, de aqua quot. & æstiva*, & de qua Nos suprà, nempè eam, in qua sit mihi ius ducendi aquam ex fonte perenni, quod in prædio tuo nascitur, illamque ducendi ad prædium meum, in hac enim, semèl imposito rivo, continuò aqua, seù flumen per fundum tuum ad meum fluet, at non ideò opus, ut etiã cum non expediat fundus meus aquam recipiat; nàm non totus fundus aqua cooperiendus est, sed ducenda aqua à fundo serviente, ad aliquam partem fundi dominantis, ex qua ultrò progrediatur, & dominans interim commoditatem habeat, ut quotiescunque velit, & suo fundo expediat, aquã recipiat.

6 Ait secũdo *Faber* in omni aquæductu opera hominis opus esse; ideòque falsam distinctionem illorum, qui inspiciendum volunt, an hominis facto opus sit, nec nè; etenim semper hominis industria opus erit in imponendis fistulis, in construendis rivis, &c: hoc quidem verissimum est; & admittendũ modo sciamus traditum iam pridem à *Revardo* loco citato.

7 Illud quoque quod scribit tertiò *Faber* cõciliari posse *d. §. aquæductus l. 3. cum d. l. 2. & l. si quis diutino* si dicamus, negari quoque in *d. §.* servitutem aquæductus acquiri decennio posse, & tantùm dici, *ductum aquæ, cuius origo memoriam excesserit iure constituti loco haberi*, scilicet, ut in hoc casu non debeat possessor probare, quæ alioquin teneretur, si essemus in præscriptione decennij, vel vicennij verum quidem est, sed mutuò sumptum à *Cuiacio*, qui attulerat 18. *obser. c.* 28. & si ut suum nobis vendere, id *Faber* velit *num.* 5. in vers. *nos vero respondemus.*

8 At si quis à me quærat, & quid ego sentiam, paucis sententiam meam sic expono, aut is, qui usucapere vult servitutem, titulum habet, & sufficiet ei decennium, & vicenniũ *exemplo rerum stabilium*, ut loquitur *Justinianus*, aut non habet, & longissima possessione opus habebit, hæc enim faciet, ut jure constituti habeatur, scilicet faciet quasi titulus adesset, idque est quod innuit *Pomponius in d. §. aquæductus*, & quod *Scevola* docet in *l. fin. D. de aqua pluvia arcenda* ad quem textũ adnotandũ, quod non semper quod Juris Consulti de vetustate meminerint, dicendum erit, eos tractare de longissimo spatio temporis ut credit *Faber hic n.* 7. hinc diversimodè à *Scevola* citato loco explicandi *Vlpianus, & Paulus in l. 1. §. ult. & l. 2. sub eod. tit. de aqua pluvia arcenda*, & sequendi *Cuiacius d. lib.* 18. *cap.* 28. & *Revardus in suo Triboniano num.* 9.

9 Sed quamvis de conciliatione iurium supradictorum tractasse, & *Veteres* post *Accursium, Bartolum* constet, nedum Recentiores penes *Bronchorsten lib.* 1. *Enant.* 92. attamen *Fragmatici* parùm, aut nihil de ea curantes solent tantummodò quædam exponere, de materia aquarum quæ potissimè reducuntur ad duo, primũ circa possessionem, & dominiũ
10 earum, secundo circa præscriptionem. Et primo quoad dominium distinguendum putant

inter

inter aquas publicas, ut sũt flumina, & aquas quæ in fundo privato nascuntur nàm quoad publicas fatentur, præsertim *Regnicolæ*, flumina omnia esse aut Regis, sivè Principis Supremi, aut iuris publici, sivè Universitatis, ut *Anna* scripsit *alleg.* 79. *& singul.* 35. *& Vivius decis.* 344. quamvis illa possint ad Vassallos, sivè ad Barones quandoque pertinere, vel ex privilegio, & Regia concessione, vel ex antiqua consuetudine, prout in hoc *Regno* admissum testatur *de Franchis in decisione* 183. *Freccia de subfeudis lib.* 2. *quæst.* 46. *de Ponte*, & alij, de quibus meminère Addentes ad *Franeum*, fatentur etiam, quoad aquas, quæ in fundis privatis nascuntur citra dubium pertinere eas ad Dominos fundorum, in quibus aqua nascitur, ut ex *l.* 1. *D. de aqua quotid. & æstiva* ex sexcentis Juris nostri locis, docent Doctores, qui & adnotant aquas publicas fluminum ad eos Principes, aut Respublicas pertinere, quorum territorium primùm ingrediuntur, & ita ab alijs retulit *Consiliarius Roccus Responso* 83.

11 Si igitur agatur de publico flumine concesso à Rege Baroni sufficiet longa 30. vel 40. annorum præscriptio ad acquirendam aquæ servitutem, ut nostri volunt cum *Franco* ubi suprà *num.* 11. nàm adversùs Baronem præscribitur, non item adversùs Regem, cum adversùs hunc non possit, & acquisitio oriatur solum ex Regia concessione, de qua nisi constiterit, aut non posset allegari, nil actum erit. Sed si de aqua privata tractetur, præscribi eam posse pro certo habent cum *Cevallos quæst. comm. contr. quæst.* 45. *lib.* 1. *Costa de Ratione quota quæst.* 123. *num.* 3. *Capicio decis.* 117. *num.* 9. *Gaillo lib.* 2. *obser.* 66. *Menochio de retin. remedio* 6. *num.* 128. *& seq.*

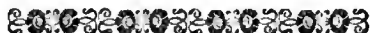
12 Cæterùm si quis per annum aquam currentem ad suum fundum, aut molendinum, patiatur, ab illo deviari, & per alium locum cursum ejusdem dirigi: sibi præjudicium intulisse observavit *Vrsillus ad Afflictum decis.* 392.

13 *& Vivius decis.* 344. At circa hæc quæ diximus, illud primò advertunt Nostri quod habens servitutem hauriendi aquam ex puteo vicini non potest ea uti noctis tempore, idest intempestivè, ut scripsit *Romanus singul.* 819. ex doctrina *Bartoli in l.* 15. *C. comm. præd.*

14 Advertunt secundò, quòd si quis cogeretur vendere fundum ubi adest ductus aquæ, posset nihilominùs sibi reservare, ut ductus ille aquæ, fluere sinatur ad alios eius fundos, minorato pretio *Capicius decis.* 187.

Rursùs solet etiàm in controversiam poni, an Domino fundi ubi aqua nascitur, liceat, vel in fundum inferiorem eam dirigere, vel in sequentis fundi præiudicium, aliundè diver-

15 tere? & plura animadvertenda in huiusmodi quæstionis decisione docuère *Tesaurus decis.* 245. alijque adducti à *Gaspare* filio in additione ibidem, à quo petenda. Verùm cum aqua sit quidem publica, sed Ripa oporteat ut sit alicuius; ille in cuius territoriũ priùs aqua ingreditur poterit ea uti pro arbitrio, & Molendina construere etiam in præiudicium Domini inferioris fundi, ut fundare nititur *Cons. Roccus* citato *responso* 63. pluribus adductis ad rem. Cum aliàs generalitèr admissum sit, quòd is qui servitutem debet non potest aliquid facere, ob quod servitus impediatur *Cravetta cons.* 4. *cons.* 226. *& cons.* 292. *Menochius de arbitr. casu* 160.



CAPVT XII.

Ad tex. in l. si quis emptionis 8. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.

SVMMARIVM.

1 *De Triboniani errore quem admisisse supponit Faber.*
2 *Defenditur* Tribonianus.
3 *Reprehenditur assertio Fabriana.*
4 *Quæritur an l.* 8. *prior l. unica.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Centenaria habet vim privilegij.*
8 *Non excluditur per clausulam generalem.*
9 *Neque à Principe.*
10 *Quid de annuis censibus.*
11 *De præscriptione adversus Ecclesiam.*
12 *De salario famulorum, & debito pharmacopolarum.*
13 *De habente causam à Fisco.*

1 DUM se ostensurum promittit in hoc capite *Faber* à *Triboniano* errorem admissum circà *l. si quis emptionis* 8. *C. de prascrip.* 30. *vel* 40. *annorum*; suos potiùs quàm alienos errores prodit.

Et quidẽ *Tribonianum* in citato textu, concedendo ei, qui præscripsit usucapionem, nequaquàm errasse ex eo convincitur, quod ut diximus *cap.* 10 præscriptio, non duntaxat exceptionem parit; sed & ius quoddam dominio simile; At errare *Fabrum*, illud ostendit quòd hoc ipsum nequaquam ex veteribus legibus obtinuisse contendit, quando verum oppositum, tũ *Tribonianus*, nempè is, qui integros habuit veteres libros, & legit, testatur, tũ constat evidentissimè ex *l. acquiritur* §. *non solùm D. de acquir. rerum dominio* ex *l. eum, qui* ades

ædes D.de usucap.ex l.si finita §.*Jul.D.de dam-*
no infecto, & ex aliis iuribus diserrè collectis
ab *Alciato* pluribus in locis, præsertim in
comment. ad *l. & sui* 130. *D.de verborum si-*
gnific. a Joanne Corasio Miscell. 6. cap. 20.
& *Ario Pinello, in auth.nisi tricennale C. de bo-*
2 *nis maternis num.* 37. Cæterùm mirùm non est
hoc ipsum deindè speciali constitutione à
Justiniano sancitum; nèc novum Imperatori-
bus sicut, nec novum *Justiniano* ea, quæ
jàm obtinebant confirmare, & quæ olim
obtinuère denuò asserere, aut magis, ac ma-
gis explicare; de reliquo si hoc aut inter Juris
Consultos controversum, aut ab ipsis nega-
tum fuisset, *Tribonianus* gloriosus homo, &
jactabundus, ut dicunt, statim pluribus verbis
propalasset, & inculcasset.

Porrò vel in sententia eorum, qui per præ-
scriptionem, utile dumtaxat dominiū acqui-
situm ex Juris Consult. placitis volunt, post
Accursium, adhùc rectè *Tribonianus*, aut *Ju-*
stinianus concessisset vindicationem in hac
l. si quis emptionis 8. atque quod receptum
protulisset.

3 Secundò observandum, quod minùs rectè
scripsit *num.* 4. idem Faber *Justinianum*
in hoc tex. de quo agimus concedere actio-
nem, seù vindicationem contrà tertium, non
contrà dominum, quandoquidem quidquid
illud fuerit quod antè ipsum ex prudentum
Responsis, aut ex aliorum Imperatorum Con-
stitutionibus obtinuerit (nàm dùm hæc non
habemus integra, difficilè est de his iudicare.)
Illud certum est, quod *Justinianus* in hac sua
Constitutione perpetuò Dominum tertio
coniungit, & indifferentèr de ipsis tractat,
nullamque diversitatem inter unum, & alte-
rū facit, quod satis probat adversùs utrumq;
eum vindicationem concedere, non ut ait
Faber tantummodò adversùs dominum.

4 Denique sciendum, quod non ex eo quod
Justinianus in hac *l.si emptionis* præscriptio-
nem vocat, temporis exceptionem; rectè de-
ducetur, ut *Faber* credit, anteriorem hanc es-
se ea Constitutione quæ extat in *l.unica C. de*
usucap. transformanda; siquidèm usitata lo-
quendi formula, potuit etiàm post dictam
legem unicam uti *Tribon.*, qui non admodùm
in hisce observationibus sollicitus, cæterùm
veritas ex temporum Cronologia demonstra-
tur. Etenim hæc *lex* 8. scripta est ad Men-
nam. PP. cuius Præfecturam contigisse scimus
anno *Christi* 518. ut culligitur ex *l.* 25. *C.de*
donat.inter virum l. 31. *C.de inoff.l.* 25. *C.de te-*
stam. alijsque scil. cum *Iustinianus* secundum
ageret Consulatum, quo tempore iuri emen-
dando maximè intendebat, ut in cōstitutione
de novo Codice faciendo. At *lex unica* directa
est *Ioanni* PP. ideòque lata post Consulatum
Lamp. & Orestis anno primo; scil. anno Chri-
sti 531. atque ità tres post annos. Sanè
sic temporum Cronologia, cuius negli-
gentia sicut nunnullos etiam ex nobilio-
ribus *Interpretibus* errantes prodit, ità accu-
rata observatio plerosque admirandos lau-
dandosque reddit, præcipuè eruditorum om-
nium Coripheum Supremumque rei litte-
rariæ Arbitrum *D. Franciscum Ramos del*
Mançano virum undequaq; illustrissimum,
& instar omnium, cui cum *Claudiano* veris-
simè dici potest.

-------- Et quæ divisa Beatos
Efficiunt collecta tenes.

5 At si de præscriptione longissimi tempo-
ris Vulgares *Interpretes* interrogemus; Re-
spondent ex hac *l.emptionis* 8.*C.de præscriptio-*
ne 30.*vel* 40.*annorum*, eam ad minùs excep-
tionem præbere possidenti, ut *Bartolus*, *Bal-*
dus, *Salicetus*, & *Castrensis* tradidère, & illud
addent quod huiusmodi exceptione possi-
dens uti non poterit adversùs dominum; sed
6 solùm adversùs alios, Domino enim cedere
cogitur. Quod nostri in Foro fatentur cum
Verallo decis. 24.*par.*2.*Decio cons.*267. *Oldra-*
*do cons.*96. alijsque apud *Balbum de præscri-*
ptionibus par. 4. 4.*par. principal. & Cevallos*
*comm.contr.comm.cap.*334.

7 Et tamèn præscriptionem longissimam,
cuius principij memoria non extet tantam
habere efficaciam ijdem volunt, ut vim ti-
tuli, & privilegij habeat, & præsumptionem
de horum existentia faciat, ut suprà diximus,
& uno ore clamant *Verallus decis.*335. *Ozas-*
*chus Pedem.*95.*num.*14. *Afflictus decis.*354.
Gaspar Tesaurus in addit.ad decis. 27. *par.*2.
alijque.

8 Ideòque non exclusam illam sub illis ver-
bis *præscriptione non obstante* contendunt cum
Afflicto ubi suprà, & *Paponio Aresto* 4. *lib.*3.
& *Guidone Papa decis.* 409. Et rectè dictum
asseverant à nostro *Fabro* in *Codice* sub *tit. de*
*præscript.*30.*vel* 40.*ann. defin.*5. præscriptio-
nem immemorabilem nunquam censeri ex-
clusam, nisi in casibus à lege expressis.

9 Rursùs hanc præscriptionem non esse
excludendam, & si agatur adversùs Prin-
cipem *Balbus decis.*29. & *Ozaschus decis.* 56.
monnère, nisi essemus in his, quæ ad Princi-
pem spectant in signum universalis dominij
*Franc. Marcus decis.*234. hinc citrà hęc ob-
stare eam, nec Principem restituere adversùs
longissimam possessionem posse, ex pluribus
probat *Riccius in decis. Archiep.*29.

10 Sed quid dicendum in annuis pensionibus,
& an illæ centum annorum præscriptione
excludantur? Affirmant plerique ex Nostris
sequuti *Fabrum* in citato tit. *Codicis de præ-*
*script.*30.*vel* 40.*ann. defin.*19. audiendus ta-
mèn *Paponius lib.*2.*tit.*3. *Arresto* 76.

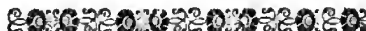
11 Quod si de præscriptione adversùs Eccle-
siam

ſiam, tractatetur, multa *Riccius* collegit obſervanda voluit *collect.* 1005. diſtinguēs poſt DD. inter Eccleſiā Romanam, & alias Eccleſias, & adverſus has 40. adverſus illam nō niſi centū annor. pręſcriptionē admittendā aſſeverans, quando *Faber* in Codice, ut ſuprà nō admiſit adversùs Eccleſiam pręſcriptionem centenariam de legato pio quod adnexum habebat onus perpetuum celebrationis Miſſarum, ut videre eſt in *defin.* 20.

12 Illud quoque hic notandum ſive repetendum quia paſſim occurrit quod *Cancerius* aſſeverat *Variarum p.* 3. *c.* 20. *de legatis n.* 335. item in *dec.* 15. *de præſcriptionibus* à quo idē *Riccius collect.* 1992. nempè in Aragoniæ Regno iuſtiſſimè admiſſam, adversùs Pharmacopolas, adversùs famulos, & adversùs Notarios pro pretio medicamentorum, & mercede præſtitorum ſervitiorum, biēnalem præſcriptionem, quod adverſus famulos Cardinalium admiſit Sanctiſs. Pontifex Pius V. Cæterùm regulariter triennio præſcribi ſalarium dixère *Grat. dec.* 33. *Riccius collect.* 179. *Antonell. in tract. de tempore legali c.* 32. *num.* 30. *in fine* quia præſumitur ſatisfactū, ſed adversùs hāc præſumptionem probationes admittendas ſcripſit *Conſ. Hodierna dec.* 24. *n.* 6. *ad Surdum.*

13 Denique aſſeverant Noſtri, quod & ſi habens cauſam à Fiſco inquietari non poſſit; ſed ipſe Fiſcus inquietandus ſit, dummodò id fiat intrà quatriennium, alioquin quatriennalis præſcriptio obſtabit: attamèn ſi ignorantia adſit *Laurerius dec.* 18. aut de mala fide conſtiterit *Farinacius dec.* 36. *Gramaticus dec.* 65. tunc poterit Fiſcus, & poſſeſſor quoque, etiam poſt tranſactum quatriēnium moleſtari, ut Noſtri affirmant ex *Riccio collect.* 288. quod hodiè maximè litigantes obtinere poſſe non dubito, tum quia ut dici ſolet *ſub bono Principe Fiſci cauſa mala eſt* tum etiam quia Regis adeoque Fiſci patrimonio eiuſq; Reg. Cam. Ampliſſimo nempè Tribunali, Regni totius ac bonorum omniū bono præeſt M.C. Locumtenens, & Regens *D. Antonius de Gaeta*, vir cuius merita docuère fortunam, natalium ſplendori, ac literariæ ſapientiæ ancillari, undè (ut verba *Gothici Regis Teod.* uſurpem) ad omnia natus omnia geſſit, vel in ipſo culmine maioribus dignus.





CAPVT XIII.

De ſervitutibus, quæ in ſuperficie conſiſtere dicuntur.

SVMMARIVM.

1 *Quid Neoterici præſertìm Cuiacius.*
2 *Subvertuntur quæ monet Faber.*
3 *Quid Pragmatici.*
4 *De ſervitute altius non tollendi.*
5 *An quoties aſpectus maris, aut collium impeditur, poſſit ædificium prohiberi.*
6 *Hæc ſervitus acquiritur longo ſpatio à die prohibitionis.*

1 Quamvis plerique ex Antiquis, & ex *Neotericis*, præcipuè *Jacobus Cuiacius* in Commentarijs ad *tit. de ſervitutibus* munire explicationem illam, quam hic ut ſuam nobis proponit *Faber ad l.* 3. *D. de ſervitutibus* conati fuerint, & ſervitutes urbanas eas eſſe, quæ in ſuperficie, ruſticas vero quæ in ſolo conſiſtunt, contenderint; non ideò tamèn non longè melior altera eſt, ab *Accurſio* primum, & à ſequacibus *Interpretibus* tradita, poſtmodùm, & ab eodem *Cuiacio* recepta, prima reiecta, *lib.* 21. *Pauli ad edictum ad d. l.* 3. quippe quæ verioribus innititur rationibus, quas qui velit, adeat doctiſſimi JurisConſulti *Emundi Merilli varians. cap.* 12.

2 Neque obſtant quæ *Faber* mouet *num.* 5. & 6. nàm non aliud eſt ſervitutem conſiſtere in ſolo, vel ſuperficie, quàm conſtitutā fuiſſe à domino ſoli, vel ſuperficiei, & hoc ex eo patet, quod cum ſervitus in ſervientibus prædijs cōſiſtat, ab ipſis tùm nomen, tùm etiam exiſtētiam accipit. hinc ſi à domino dūtaxat ſoli ſervitus conſtituatur, quia ſolum eſt, quod eam debet ſervitus ſoli appellabitur; ſi dominus ſuperficiei illam conſtituat, quia ſuperficies ſervit, ſervitus ſuperficiei vocabitur. Cæterùm quod illa ſervitus quæ à Domino ſuperficiario conſtituitur, non ipſo jure valeat, ſed tuitione prætoria: ut *Fab.* conſiderat *nu.* 6. non ideò ſequitur ſervitutē eam non eſſe, ſed rectè dicetur ſervitutem ſuperficiei eſſe.

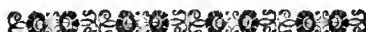
3 Porrò occaſione huius *l.* 3. *D. de ſervitutibus* illud primò, & *Pragmatici*, & *Repetentes* ſcribunt, quod vendito fundo videtur tacitè conventum, ut ille ſubſtineat onera per-

ma-

manentia, quæ contrahentes viderant, & sciverant, nisi expressum fuerit Rem ipsam emi, & vendi cum quibusdam expressis oneribos, dumtaxat, tunc enim censetur fuisse quoad cætera venditam rem liberam, ut latiùs *Afflictus* docet *dec.* 298. ubi Addentes.

4 At in servitutbius, quæ in superficie consistunt, cuiusmodi esse urbanas volũt quæ inter illas dicitur altiùs non tollendi magnas excitavit apud Nostros contentiones; nam quamvis Regula sit posse quemlibet ędificare ad Cœlum usque, nisi servitute constituta prohibeatur, & nisi ædificet ad æmulationem, de qua Regula, & suis ampliationibus, & limitationibus *Gaillus lib.* 2. *obser.* 69. Attamèn difficultas est in dignoscendo quando quis ad ęmulationẽ extollat, & nocendi caussa, quoniã quisq; ità se agere negabit; hinc meliores *Pragmatici* licèt hoc non præsumant ex doctrina *Magonij decis. Lucensi* 29. *in fine*, attamèn aliquando id, non solum allegant, sed probare se posse confidunt, ut apud *Francum dec.* 23. ubi Addẽtes, & hinc pendere quæstio-
5 nis definitionem ex circũstantijs facti alijsq; adminiculis, & expertorũ iudicio standũ cõcludunt. Cæterùm enm aliquando aspectus maris, aut collium impediretur, & fuisset dictum, ex hoc iàm videri ędificiũ ideò factũ ut noceret, & ideò impediendus ędificans ne altius tolleret; in contrariũ decisum fuit, ut referunt *Capycius Latro*, & *Gizzius in dec.* 50 ubi de *l. ex quo* 12. & *l. fin. C. de ædif. privatis*, & *de Novellis Iustinianeis* alijsq; ad rem, plura habes, nec malè digesta.

6 Denique hanc servitutem altius non tollendi, acquiri per longum tempus à die prohibitionis adnotavit *Capycius decis.* 209. *n.* 20. & *Gaillus obser.* 69. *n.* 13.



CAPVT XIV.

Ad Celsi Responsum in l. nàm satis 6. §. 1. D. quemadm. serv. amittatur.

SVMMARIVM.

1 *In exponendo adductum Responsum non opus coniecturis.*
2 *Primum Fabri erratum.*
3 *Secundum.*
4 *Tertium.*
5 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
6 *Socius non potest servitutem imponere.*
7 *Servitus via individua.*
8 *Lite pendente, is qui sibi deberi servitutem allegat, ea uti non potest.*
9 *Quomodo servitutis debitum articuletur.*
10 *Qui in servitute via patitur sibi parari obstaculum videtur illam remittere.*
11 *Qui habet solaria inferiora non tenetur servitutem pati ut quis vadat ad superiora.*

1 CElsi Responsum, quod extat in *l. nam satis* 6. §. 1. *D. quemadmodum servitus amittatur*, non adeò obscurum est, ut coniecturis opus sit, ad hoc ut quid sibi velit assequamur, distinctè enim, & dilucidè in illo suam intentionem exposuit Juris Consultus, & rectè quoque exposita, exornataque fuit ab *Accursio* primum, deindè à sequentibus *Interpretibus*, à quibus actum agit *Faber* in præsenti.

2 Sed, & quędam etiam perpetam admittit ut solet, & primò dũ ad quæstionem de fundo communi *in* §. 1. propositam credit Respondere *Celsum* distinguendo, & tñ cum casus ille de fundo iuris intellectu dumtaxat diviso nullam habeat probabilem dubitandi rationem, non poterat constituere habilem alterũ divisionis membrum, & proinde J. C. nequaquam distinxisse dicendum est.

3 Rursus circà §. *sed si is fundus*, in quo de fundo serviente agitur, & si recepta lectio bonum sensum habere possit, & in illis verbis, *Sed si is fundus, qui servierit ità divisus est*, possit subintelligi *regionibus* quomodo supra propositum fuerat, atque ita lectio exponi, ac si scriptum esset *Regionibus divisus est*, nõ tamèn ideò veluti inepta exhibilanda *Francisci Hotomani* emendatio erit, qua & rectè adhùc scribetur *si is fundus, qui servierit, semita divisus est*, aut *via divisus est*, nam si sequentia *Celsi* verba attendamus, probabilem huiusmodi lectionem inveniemus, & semper plusculum dubitationis habebit quęstio, si semita fundus divisus erit, quam si regionibus divisus; de reliquo cum iam *Cuiacius* emendationem *Hotomani* impugnasset id *Fabro* sufficere debuerat.

4 Tertiò, & id perperam admittit, quod non videt observatum quidèm à *Celso* casum illũ, in quo semita tàm arcta remansisset, ut ius viæ consistere in ea non posset: at observatum in illa specie, in qua in fundo ità constituta via proponebatur, ut per quamlibet eius partem ire, agere liceret, non autem in ea specie, in qua pars ipsa, quæ alteri contingit, adeò angusta foret, ut cum ad viam non sufficeret, constitui in ea servitus non posset. Hãc enim secundam speciem sibi finxit ipse *Faber*, digna tamèn Juris Consulti tractatione non est.

5 Sed ad materiam huius capitis illud primò *Interpretes* tradidère, quod servitutes, per

usum

usum unius consortis retineatur in totum, dummodò non adhùc divisio facta fuerit inter ipsos Consortes, ut *Baldus* docuit. hinc pro certo habent ex *Bartolo in l.2.§. ex his igitur D.de verb. oblig.* quod servitus, ideò potest ab uno ex pluribus retineri quoniam potest pluribus insolidum constitui. At quamvis vera Regula proposita, verumque etiam ut ait *Cravetta consil.* 124. quod sufficiat ad retinendam servitutem adversùs præscriptionem, quod quis parte eius sit usus; nàm usus partis conservat totum juxta *Bartoli* doctrinâ in *l.72.D.de verb.oblig.* Attamèn si plures servitutes fuerint constitutæ, & dominans una dumtaxàt earum utatur, Usus unius ex illis non conservat reliquas, & ità ex tex. in *l.sipriùs* 17. *D.de aqua pluvia arcenda*. Doctores omnes concludunt.

6 Porrò quamvis socius possit ipse solus communem servitutem conservare, non tamèn servitutem in re communi, socio insciò, potest imponere, ut omnes fatentur, & si illud in disputatione remaneat si illius socij qui non imposuit, hæres servitutem ratificet, an hæc ratificatio, impositionem priorem, & si nullitèr factam convalidet, & substineat, an verò nil agat, ideòque opus sit, ut hic heres insimùl cum socio, qui imposuerat iterùm concedat, & servitutem imponat? & quamquàm alitèr alij, ità tamèn opus esse concludunt meliores sequuti *Rota Avenionensis decis.*37.

7 Nùnc ad §.*si ego* eiusdem *l.* deveniendo, illud primò adnotandum est, quod cum viæ servitus individua sit, vel integra, & tota amittetur, aut tota, & integra retinebitur, ut *Bartolus*, & vulgares *Interpretes*; nedùm *Neoterici* cum *Corasio in l.1.D.de servitutibus*, & alijs docuère; quanquàm si per longitudinem, viæ servitus fuisset divisa poller per unam longitudinem tolli, & per alia retineri. ut ex §. sequenti adnotant ijdem *Repetentes* cum *Bartolo*, & *Neoterici* cum *Cujacio lib.*14. *cap.*11.

8 Secundò adnotandum erit, quòd cum quis confessoria agit sibique contendit servitus deberi, & è contrà vicinus opponat, aut quod nullam debuit, aut quod jàm libertatem adversùs servitutem præscripserit, interim lite pendente, is, qui servitutem sibi deberi intendit, ea uti non poterit, ut *Capicius decis.*209. *num.*14. alijque cum eo pro libertate sentientes, concludunt.

9 Quomodo autem articulari servitutis debitum possit *Gaillus*, & post cum *Prattiet* docent *observ.96.lib.2.*

10 Tertiò adnotandum, quòd is, qui servitutem viæ habet, si permittat sibi parati obstaculum, videbitur patientia illa, juri suo renunciasse *P.Ravenna singul.*464.

11 Et tandèm adnotandum, quod is, qui solaria inferiora habet non tenebitur servitutem viæ pati ad hoc, ut ex solario suo, is, qui ad superiorem ire vult, traoseat; nisi expressè ità fuerit conventum *M. Mantua singul.* 280. & passim alij.



CAPVT XV.

Differentia Vrbanorum, & Rusticorum prædiorum, itemque servitutum Vrbanarum, & Rusticarum.

SVMMARIVM.

1 Regulam, quæ est apud *Vlpianum in l.urbana* 198. *de verborum signif.* in his verbis proposita *Vrbana prædia non locus facit, sed materia*, nò solùm obscurà dicunt *Interpretes*, sed & à *Neratio* reiectam: Primum, quia aut obscurum, aut ambiguum est quid sibi verbo illo *materia* voluerit significare Juris Consultus; Potest enim accipi, ut plerique faciunt, pro cementis, lignis lapidibus alijsq; ad construenda ædificia necessarijs, quæ numerari solent in *l.ligni D.de legatis* 3. At huic expositioni obstat, quod etiam cementis, lignis, lapidibus, Villæ, & rustica ædificia construun-

struuntur,quod si quandoq;aliis rebus,id casu accidit, non quia aut primis non possit, aut aliis omninò ædificandæ forent. Hinc suot alii,inter quos *Dionysius Gothofredus* qui *materiam*,idest *usum* exponunt.

2 Et his *Faber* assentitur scribens *num.*2 urbana prædia existimanda, non ex loco sed ex genere usus patrisfamilias *l. quemadmodum D. de supellectile legata.* Sed his quoque opponitur quod eorum duriuscula expositio sit. Undè denique nonnulli sequuti potissimùm *Marcum Linklamam membranarum* 2. *cap.*8. & *Osualdum innotatis ad Donellum lib.* 11. *cap.*4.*lit.E.* Materiam appellari dicût res illas quas continet prædium; quæ si tales, quæ urbano more morantur, & habitant in prædio, veluti sunt Mancipia, & homines *l.* 32. §.32. *in fine D.de leg.*2. urbana etiàm eorum opera, & opificia,tùnc Urbanum erit prędium,si verò è contrario Rusticæ res sint, aut ad rustica opera promovenda inserviant, ut servi, aratores,frugum,& fructuum collectores, instrumenta rei Rusticæ destinata *l.servus, qui in fundo l.servis urbanis* §.*mulieres D.de leg.*3. Rusticum erit prædium.

3 Rursùs volunt quod *Vlpianea* assertio à *Neratio* rejecta ex eo dicendum sit, sequuti præcipuè *Hermannum Vlteium* nobilissimum J. Cons. *in comment.instit. tit. de servitutibus num.*15.quia *Neratius* in definiendis prædiis rusticis ab urbanis, non raotum materiæ, sed & loci ratiooem habuisse videtur in *l.* 4. §. 1. *D. in quibus causis pignus tacite contrahatur*, ideòque dissentisse eum à cæteris, & præcipuè ab *Vlpiano*,adnotant,id quod, & *Faber* asserit in præsenti.

4 Verùm eoim verò cum circa hoc secundum nullam probabilem dissensionis causam videamus, dissensisse Juris Consultos credendum non est, ideòque assentieodum potiùs *Alciato*, qui in comment.ad *d. l. urbana bona, & ad l.*98.*D. de verborum*, *Francisco Connano*, qui *comment.*5.*cap.*10. *sub fine n.*7. & *Joanni Corasio* qui ad *d.l.*1. *de servit.*pluta, & iogeniosa pro conciliatione,adduxerunt.

5 Sanè vel ex eo quod ut ijdem *Alciatus*, & *Corasius* adverrete, nnnnihil speciale in Srabulis, de quibus *Neratius* loquitur esse potuit, dignoscimus falsam esse *Fabrianam* argumenrationem, quæ ea quæ in Stabulis respondit *Neratius*,ad cætera omnia producit, quamquàm & si daremus circa stabula *Neratium* ab alijs dissensiste, non ideò sequirur in totum dissensisse, & in omnibus, quæ ad definienda ædificia urbana à rusticis spectant.

6 Porrò vestigium illud singularis *Neratij* sententiæ, quod *Faber* se agnoscere scribit in *l.*2. *D.de servit.Rust.præst.* commentitium est, tùm eò quod non omnia prætoria urbana sunt cum possit aliquod eorum Rusticum esse, nempè si Dominus voluerit illud rusticæ familiæ,& colooo communicatum,aut rustici redditus causa habere, ut *Connanus* monet *d.lib.*5.*comment.cap.*11. *n.*6.*in fine*, tùm etiam quia (quicquid sit de prætorijs) ex eo quod villæ, nempè prædio rustico, servirus debebatur, poterat & ipsa servitus à Juris Consulto rustica appellari.

7 Restat nunc ut investigemus unica ne, an duplex sit servitus altius non tollendi, ne luminibus officiatur; oàm id ex *Neotericis* nonnulli magnis cootentionibus exagitant; & quidèm & si plerique duplicem,quinimmò & cum *Francisco Broeo* erudirissimo I. Consulto in comment.*instit.de servitutibus nu.*16. mulriplicem esse contendant: verissimum tamen est,quòd *Jacobus Cujacius*, & *Hugo Donellus*, & sequaces docuère unicam rantùm esse, nèc distingui *altius non tollere, & ne luminibus officiatur*, & secundùm,finem esse primi,quod ipsum & nos admisimus in *Suspicionum* libris ubi ad vulgatissimum illud argumentum,quod ex *l.*12.& *l.si arborem* 17.*D.de servit. urban.* desumunt contrarij, & ab ipsis transcribit hic *Faber* sub *num.*8. aptè, ut credimus, & dilucidè Respondimus, differentiam non in eo esse,an quis altiùs ooo tollendi servitutem,an verò luminum debeat; nàm utrumque debet,qui alterutrum debet. Sed an quis super parietes Arbores habeat, an verò tantùm viridia; arbores enim si habeat; quia lumina impedit, recidere oportet *d.l. si arbores*: at si viridia,nequaquàm tollere ea cogetur, quippè cum in his nonoisi herbæ, aut gramina,aut si plantæ dimissæ quidèm,& humiles nascantur, ut observavit *Iabolenus* in *l.*36.*D.de fundo instructo*,ea ranquàm minimè impedientia evellere non cogetur, ut idem *Iabolenus* respondet. Unica igitur est servitus ut dicebamus,& qui ne altius tollat servitutem debet, ideò debet, ne luminibus officiat, euod *Iustinianus* disertè, & post eum *Teophilus* docent in §.1. *instit. de servitutibus.* Hinc recta consecutio illa est, quam malè repræhēdit *Faber num.*9.non potest altiùs tollere; ergò nec luminibus officere, nàm ob hoc, illud, neque hac admissa interpretatione durior servirutis efficirur conditio, ut idem *Faber num.*10. causatur; nàm non dura; sed efficax servitus efficitur,quæ alioquin vana,aut elusoria foret; quid enim interest, an parietibus, an verò arboribus coositis lumen adimas,cum servitus imposita vetat,ne luminibus officias. Sanè si id non potes parietibus constructis cum tamen parietes ad pulchritudinem ædificiorum, & ad decorem Civitatis consetant, multò minùs tibi concedendum erit, ut arboribus idipsum facias.

8 Cæterùm quòd plerisque locis *servitus luminū* à servitute, *ne luminibus officiatur*, aut à

ser-

servitute *prospectus* sepatari soleat, nō ideò sequitur sepatandā servitutem altiùs nō tollēdi à servitute *ne luminibus*; nàm illæ possunt esse diversæ; hæc non ità; sed una alterius finis est, ut diximus, ex quo patet quomodo intelligendus textus in *d.l. qui luminibus* 11.

9 Sed dùm de servitute altiùs non tollendi sermo est, explicanda sunt jura pleraque, quæ dicunt non debere eum, qui altiùs tollit, vicini luminibus officere, aut aliud quippiam agere contra veterem ædificij formam. Cujusmodi sunt *l. qui luminibus* 11. *D. de servit.* & *l. præd. l. ex quo* 13. §. 1. *C. de ædificijs privatis l. 1. C. de servit. & aqua.* Hæc enim, & similia adversari videntur Regulæ Juris apertissime, qua dicitur, licere cuique ædes suas ad Cælum usque evehere. Ergo dicendum Regulam quidem hanc fundari in ratione naturali, quæ cogit inferiurem servire superiori, ut cum *Labeone Ulpianus* testatur in *l. 1. §. denique* 23. *D. de aqua pluvia arcenda*, nàm ex hac descendit, ut cuius ædificium superiùs est, eius sit, in infinitum suprà suum ædificium imponere, ut *Paulus* respondet in *l. cuius* 24. *D. de servit. urbanorum prædiorum*. At ex hac eadem ratione natutali exceptio quoque orietur, sivè moderatio illa, quam idem *Paulus* ibidem attulit in illis verbis; *dum inferiora ædificia non graviori servitute oneres, quam pati debent.* Æquissimum enim visum est, ut quisque iure suo, sed sine alterius iniuria utatur, hoc autem ut eveniat rectissimè *Iuris Consulti*, & *Imperatores* scripsère, servandam *veterem ædificij formam*, non officiendum vicino, & similia, quibus potestatem non abstulerunt, sed ut legislatorem decebat, moderarunt.

10 Ex his autem, quæ diximus longè abiit *Cujacius*, & post eum *Faber* hic *num* 15. nàm commenti sunt distinctionem quandam, inter eum qui altius ædes suas tollat iure suo, idest iure suæ libertatis naturalis, & eum qui iure imposito, idest iure impositæ servitutis tollit. Et primò casu ajunt posse in infinitum tollere ædes, nèc veterem formam servare cogi. Secundò casu non item, sed cogi veterem formam servare.

11 Et tamèn quàm parùm probabilis distinctio hæc sit, vel ex eo apparet, quòd illa admissa, oppositum eius, quod *Faber*, & *Cujacius* contendunt, concluderet. Cur enim minùs licebit ei qui nō solū iure naturalis libertatis ædificat: sed etiàm iure imposito proptèr acquisitam servitutem, quàm ei qui solummodò iure suo ædificat? an dicemus multò plùs hūc, quàm illum habere, atque ità eum qui servitutem fundo imponit in beneficium alterius non fundi iura minuere, sed augere? nec aliquid de suo amittere, sed acquirere, & servitutem constituendo refrænare vicini libertatem ne possit quod aliàs iure suo potuisset? Sanè si licèt mihi ædes altiores tuis habere, idque iure meo, cur non magis licebit, cum tu ædes tuas meis subiecisti, & voluisti perpetuò inferiores esse?

12 Verùm quāquàm in citatis iuribus servitutis sit mentio, nō ideò nō poterunt de eo, qui iure suo ædificat, explicari; nàm & is quoque servitutem habet, eam scilicèt, quàm lex ad sui beneficium constituit, & naturalis illa ratio, de qua nos suprà. Nam rectè scriptum est in iuris libris *servitutem constitui* non solùm *lege dicta*, idest pactis, & conventionibus, ut in *l. 1. §. 21. D. de aqua pluvia*, & *vetustate*, idest *præscriptione* ut in *l. 1.* & *7. de servitut.* de quibus nos suprà, sed etiàm *natura*, idest *naturali ratione*, ut modò explicavimus ex *d. l. cuius* 24. faciunt §. *aquæ* 2. *instit. de actionibus l. 2. D. de servit. rust. præd.* & concordantes.

Quod si scire velis, quæ nàm servitus illa sit, quam altiùs tollendi vocatam invenimus, non opus erit cum *Fabro* servitutem super libertatem somniare, sed adire te oportebit *Interpretum* commentaria, & usus experimenta à quibus edoceberis posse dari hanc servitutem, posse eam utilitatem prædio afferre, quid enim si opus habeat prædium ut à Sole nimis ferventi reparetur? quid ne sit adeo lumini, aut vento expositum, proptet ea opera ad quę destinatum est, an non servitus imposita ut tu altiùs tollas prædio prædicto ad finem expressum utilis, & grata?

13 At quoniàm ea quæ *Interp.* præsertim *Neoterici* habent jam investigavimus. Restat nūc ut *Pragmaticos* audiamus. Et hi primò urbana prædia ea esse volunt, quæ ex urbana materia constructa fuerint: Rustica, quæ ex rustica; appellant verò urbanam materiam calcem, terram, lapides incisos, imbrices, & similia cæmenta, quibus parietes, solum, & tectum construuntur. Rusticam autèm materiam esse volunt ligna, stucca, palea, & similia, ut latiùs explicavit noster *Neapodanus ad Consuet. Neapolitanas in consuet. si quis emit num.* 14. *Novellus de jure protomiseos* §. 1. *n.* 87. *Borgninus decis.* 19. *nu.* 74. *lib.* 2. *Tuscus in verbo domus conclus.* 619. & *Molfesius ad Consuet. Neap. par.* 12. *de jure congrui qu.* 3.

14 Hæc tamen traditio & si vera non, tamèn sufficiens, sed manca est; nàm sunt etiam in Europa Civitates integrę non solùm urbana quædam ædificia, ex tabulis, & lignis congestæ, & ex his non autem ex lapidibus ædificatæ; sunt etiàm stabula nonnulla in Campis, lapidibus constructa, & pecudibus destinata, & jumentis.

15 Dicendum itaque foret, prædia urbana, vel Rustica tùm locum, tùm destinationem, tum communem usum facere, ideòque si in Civitate constructum prædium fuerit, aut in Castro,

& inter hominum habitationes, & si lignis, aut tabulis; vel etiā lapidibus, & calce, modò loci more, & usui hominum sint constructa, & ut ad hominum habitationem principaliter deseruiat, Vrbanum hoc prædium dicendum erit: si verò extrà hominum frequentata loca & in campis, aut villis, vel in silvis, & nemoribus ad jumenta, & pecudes, præcipuè recipiendum fuerint prædia constructa, hæc rustica dicerem, non obstante quòd lapidibus, & calce fuissent ædificata.

16 Et sanè si verum est etiam hortum in ædificio urbano constitutū urbanorum prædiorum nomine contineri, ut ex *Repetent. Salycetus, & Cynus ad l. si prædium C. de prædijs mino.* sed *Alciatus, Rebuffus, Fornerius, & Geddeus in commentarijs de verborum significatione* adnotant, itemque *Cuiacius lib. 7. obseru. 24. & Donellus de pignoribus cap. 4.* Ex hoc sequitur necessariò destinationem ipsam & finem præcipuum, itemque situs, urbanum, aut rusticum prædium facere, eique denominationem acquirere.

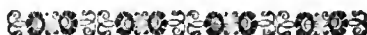
17 Sed quamvis hæc vera sint, ad consuetudines tamēn Neapolitanas non pertinent; nām in illis cum de iure congrui agitur, distinguitur hortus, & terra, à domo, & fundo, quocunque in loco sint, & distinguuntur etiam personę Civium, à personis Rusticorum, ut in ipsis videre est, & in Commentarijs pręcipuè *Molfesij* ad easdem consuetudines, & proindè nomen, & conditio prædij à prædictis pendebit.

18 Cæterū adeò diversam Rusticorū ab Vrbanorū prædiorum conditionē faciunt pleriq; ut si quis urbanum prædium liberum habeat, deindè adiacentem illi hortum emat, qui servitutem alicui debebat; non ideò pędium urbanum quod liberum est servum efficiet propter servum hortum emptum; sicut nèc è contrariò ut adnotat *Cassan. ad consuet. Burgundia tit. des droitts rubr. 4. §. 25.*

19 Secundò, & illud observādum quod nonnulla longè diversa à dispositionibus juris communis introducta per Neapolitanas Cōsuetudines fuēre circà materiam servitutum, à Nostris animadversa in illis capitibus, quæ extant *sub tit. de servitutibus*, undè si quis ea scirè velit adeat oportet Commentatores, *Molfes.* præcipuè *tomo 3. par. 13. de servitutib.* & qui novissimè alijs præcellit, *Vinc. Brillam.*

20 Tertiò adnotandum quoque est, quod qui servitutem debet, *ne prospectui officiatur*, is non solum altius tollere non potest; sed neque aliquid efficere, per quod minus liber, aut minùs gratus prospectus fiat, ut advertit *Gomezius Leo dec. 42. in dec. diversorum*, quod certè contingit, novo ædificio impediente solis aspectu, eiusque vivificis radijs frui nobis non dante, quod variè secundum varietatem tempore contingere, iuxta anni solisq; vias, ostendit doctè in quadam sua Consultatione *Joannes Baptista Martucciello*, inter illos qui non sola jura sciunt conspicuus, præsertim in mathematicis disciplinis, scil. illis quæ re non opinione constant.

21 Et denique quamvis vicino non liceat habere fęnestram adversùs vicinum ad illius æmulationem *Menochius de arbitr. lib. 2. casu 156.* Attamēn si quis promiserit vicino fęnestram in sua domo non extruere per se, vel per alium, si tamen domum illam vendat, novus emptor promissioni stare, à venditore olim factæ, non tenebitur si fides *Hippolito singul. 334.* Quid autem dicendum cum quis acquirit ædium partem illam ad quam is, qui vendidit, ab alia ædium parte, quàm retinuit, fænestras habeat *Tesaurus* docet in *dec. 216.*



CAPVT XVI.

Ad l. ultimam D. commun. prædiorum.

SVMMARIVM.

1 *Textus adductus jam satis fuerat ab Interpretibus explicatus*
2 *Ad eum coniectura Fabri.*
3 *Sed mala.*
4 *Quid Nostri.*
5 *Causa servitutis debet esse certa.*
6 *Plura ad acquirendam servitutem, necessaria.*
7 *Et præcipuè prædium.*
8 *Jus commune facit contra possidentem.*
9 *Vnus testis probat in materia servitutum.*

1 Textus in *l. receptum fin. D. cōmunia prædiorum* jam satis dilucidè ab *Interpretibus* fuerat explicatus, præcipuè ex recentioribus ab *Hotomano 7. obser. c. 1. & 2.* & ab *Hugone Donello 11. comment. cap. 9.* & proinde in eo nullum erat coniecturarum opus, Et tamèn *Faber*, & circa illum voluit coniecta-
2 ri in hoc capite, & ex suo definire sub *nu. 8.* dispungenda ab eo, veluti irreptitia, verba *in personam socij*, quæ extant in vers. *idem juris* ibi *idem iuris est. & si uni ex dominis cedatur, deinde in personam socij aliquid horum acciderit.*

3 Sed falsam coniecturam esse, vel ex contextu convincitur, nam dixerat *Paulus*, quod si unus ex dominis cesserit servitutem, non priùs cessio facta valebit, quàm si & cæteri con-

consenserint; Hinc in suspenso actus erit, donèc novissimus quoque cedat, atque ità rem gestam convalidet, fictione adhibita, ac si omnes eodem tempore consensissent, ut rectè *Osualdus ad Donellum* notat, ideò si is qui primus cessit, vel defunctus sit, vel alio modo partem suam alienaverit, & posteà secundus cedat, nihil agitur, quia non poterit hac secunda cessione prima constitutio convalescere, nèc retrò acquiri servitus; sed rursùs in pendenti res erit, donèc hæredes primi, aut is, qui in locum primi successit, denuò servitutem constituant, sivè cedant: hæc autem cum dixisset in constituendis servitutibus *Paulus*, deindè in acquirendis etiã asseverat, adiùcto tamèn casu de socijs; in quorum persona rectissimè etiàm quæstio proponebatur; Finge Sempronio, & Titio socijs fundom possideotibus à Titio solum, servitutem constitutam, certè ex prius traditis opus erit, ut à Sempronio quoque constitueretur, & interim actus pendebit; itaque si quando Sempronius, & ipse constituit, Titius defunctus inveniatur, Oportebit ut iterum hæredes Titij primi cedentis servitutem constituant; hoc autem quod ita sit tex. ipse tex. prodit inverf. idè iuris & non dumtaxàt priorem speciem sed & alteram exposuisse *Paulum* variatis personis, ut erat quæstionum feracissimum ostendit.

4 Ad hunc autem tex. plura de confirmatione eorum, quæ gesta sunt, Doctores adnotant, & Regulam cum *Baldo* constituunt, quòd hominum viventium actus possunt esse in pendenti: *Cravetta conf.* 168. *Sarayna*, *Bartolus*, & *Baldus* apud *Nevium* hic. Verùm illud quoque admittunt, quòd super una re, vel una persona acquisita servitute cæteris, nisi & ipsi assentiantur atque imponant, & ipsi, præjudicium non infertur *Capicius decis.* 209. *num.* 28.

5 At occasione hujus legis, sunt qui scribũt ex eodem *Cravetta conf.* 226. *nu.* 3. quòd causa servitutis certa debet esse, intelligibilis, & cohærens. Idque probari; nàm libera, allodialis, & non serua, qualibet res præsumitur *Ludov. decis. Lucensi* 14. *num.* 6. *Capic. decis.* 187. *num.* 5.

6 Ex his autèm sequitur, quòd plura requiruntur ad ad acquirendam servitutem, de quibus *Menochius de arbitr. lib.* 2. *casu* 160. & *seqn.* & *Afflictus*, ubi addentes *decis.* 67. *Rebuffus in comment. ad Const. Regni in tractatu de materia possessionis in præfat. n.* 126.

7 Sequitur etiàm, quòd cum servitutes sine prædio acquiri non possint *Boerius decis.* 212. *num.* 22. oportebit eum, qui probare intendit sibi servitutem deberi, probare se esse prædij dominantis dominum, quod consequetur probando eiusdem tanquàm veri Domini possessionem, iuxtà tradita à *Guidone Papa quæst.* 28. debebit etiam probare usum servitutis in affirmativis *Paponius lib.* 24. *tit.* *Aresto* 10. *Cravetta pro genero conf.* 1. *nu.* 175. & usum iure servitutis, & eo titulo *Menochius conf.* 389. *num.* 8. *lib.* 4. Idem *Cravetta conf.* 197. *n.* 13. & *conf.* 226. idq; cum scientia, & patientia Domini *Franciscus Marcus qu.* 422. *Rota Romana decis.* 24. *de prebendis*, *Gallus obser.* 66. *lib.* 2. *Ant. Trigonus singul.* 109. Nisi scientia, & patientia Domini servientis fundi, fuisset præstita ad preces, aut ob violẽtiam, nàm in his casibus præstitam fuisse non juvabit *Afflictus decis.* 67. *num.* 2. Sed in servitutibus negativis prohibitio erit probanda, eamque factam à Domino fundi servientis, cui sequuta Domini dominantis fundi acquiescentia, & patientia per decem annos *Gallius citata observat.* 67. *num.* 15.

8 Tandèm duo singularia adnotanda erunt, primum, quòd quotiès jus commune facit contrà possidentem, is non solùm longam possessionem, sed & titulum probare oportebit ex *Vera decis.* 286. *par.* 1. Secundùm, quòd testis nobilis, licèt singularis probat in materia servitutum, *Gallius dicta observat.* 66. *num.* 11.



CAPUT XVII.

De Retractata quæstione, utrum ex personarum affectione, ut dici solet, alteri per alterum actio quæratur.

SUMMARIUM.

1 *Denuò Faber de alibi tractata quæstione.*
2 *Stamus nos in priori sententia.*
3 *Respondetur prima Oppositioni.*
4 *Item ad secundam.*
5 *Item ad tertiam.*
6 *Primus error Fabri.*
7 *Secundus error.*
8 *Tertius error.*
9 *Quid Faber adversus nostram sententiam replicet.*
10 *De textu in l. inter Socerum.*
11 *Sententia Repetentium, & Pragmaticorum.*
12 *In fendo non potest alter alteri acquirere.*
13 *Quid dicendum de stipulatione in personaliter concepta.*

1 Egreditur denuò *Faber* ad tractatam quæstionem *lib.* 1. *cap.* 4. utrum coniuuctis

ctis personis non in potestate constitutis, aequiri aliqua actio possit ex alterius stipulatione, & persistit in negativa sententia, cujus quamvis ipse author videri velit, iàm antè fuère nonnulli ex antiquis, & ex *Neotericis Hugo Donellus comment.* 12. *cap.* 17. & ad *l.*38.§.17.*num.*59. *D.de verborum*, à quibus omnia mutuatus est. Cæterùm miror *Bacovium* virum alioquin doctissimum, & *Fabro* in primis infestum, in hac re *Fabrum* sequutum esse, & ei adiunctû se præcipitem dedisse in notis ad *Trentlerum volumine* 2. *disput.* 27.*Thesi* 2.*lit.E.*

2 Nos autèm propositæ sententiæ *investigat.*1 *cap.*4.insistentes, quæ non solùm ab omnibus ferè antiquis, sed à *Principe Neotericorum Jacobo Cujacio ad d.l.*38.§.11.*de verborum*, & *ad l.*22. *de pactis dotalibus in tract.*7. *ad Africanum*, & à Doctissimo *Franc.Duareno*, ut alios omittam ad *l.*45. *D. de verborum oblig.* defensa facilè advetsariorum commenta confundet.

3 Et primò quod opponont ex *l. si gener.* 26 *C.de jure dotium* parùm subsistit; nàm ad actionem directam, non ad utilem quam nos concedimus Rescriptum illud pertinet, ut centiès dictum est. Hinc si obijcias cum *Fabro num.*4.fieri ex nostra Responsione, ut *Imperatores* de subtilitate Juris potiùs quàm de æquitate Responderint, Replicabo ità esse, nèc deficere in iure exempla, in quibus plerique Imperatores, (etiàm eorum, qui de iure aperto, aut de æquitate tantùm rescribere soliti) utrum actio directa, an utilis competeret respondere, quod multò magis *Diocletianum*, & *Maximilianum* fecisse credendum, qui in suis Rescriptis Juris Consulturum Rersponsa, & Jurisprudentiam ostendunt, & æmulantur.

Cæterùm si ad hanc *l.si gener.* nostram adhibeas emendationem, quam in *Suspicionum Libris* proposuimus magis, ac magis res erit in tuto. Nec opus ut cum quibusdam, & inter hos cum *Donello*, aliquid speciale in dote credamus, cum *Paulus in l. Gajus D. soluto matrim.* non tàm favorem nuptiarum idest dotis causam, quam personarum affectionem quinimmò hoc secundum, quàm maximè consideraverit.

4 Similitèr quòd opponunt ex *l.pactum* 4. *C.de pactis conventis tam super dote, &c.* facilè refellitur; nàm apertissimum est in eo tex. de actione directa tractari; cum non quæstio illa tractetur, utrum ex pacto matris actio aliqua filijs competeret, sed illa, an actio directa ex stipulatione interposita competeret, & quid dicendum, si sub patris potestate filij reperiátur; & ad propositum Rescribunt Imperatores distinguendo, quod aut legitimè stipulatio intercesserit, aut minùs legitimè; Et si minùs legitimè stipulatio intercessit, nulla actio competet, sin autem legitimè & filij adhuc patris potestate non attingantur, sed extrà eam sint, quæsita ipsis erit actio.

5 Tettiò quod adducunt *Africani* Responsum in *l.pater* 23. *D.de pactis dotalibus*, cum ibi Juris Consultus quærat utrum *si quis stipulatus esset, mortua in matrimonio filia dotem sibi reddi, aut illi, & illi filijs suis, quos in potestate habebat, & deinde mortuo stipulante, casus evenerit, utrum filijs actio suppetat*; & Respôdeat, suppetere, potiùs pro nostra sentêtia, quàm pro contraria facit Responsum addoctum; unde replicare ad illud latiùs non oporteret; sed quoniàm *Faber* pleraque confundit, pleraque etiàm, & malè admittit, operæ pretium erit, & ea confutasse.

6 Et quidèm primò in eo fallitur; dum sub *num.*8.credit *Africanum* concedere quidèm actionem utilem; sed directam denegare, eadè causa, quòd stipulatio collata sit in id tempus, in quo morte patris filij extrà eius potestatem futuri sint; etenim hac admissa ratiocinatione nunquàm verum erit, quòd pluribus Iuris nostri locis traditum est, posse nos illis, quos in potestate habemus sicut è contrario, & per illos aequirere. Siquidè sempèr, quod agit paterfamilias, ut aequirat filits suis in potestate existêtibus agit, & ut aequirat illis, cum extrà potestatem fuerint, nam tùnc beneficio aequisitionis erunt capaces poteruntque acquirere; at eo tempore, quia extra potestatem positi illis pater non potest aequirere, ergo semper stipulatio erit collata in id tempus, in quo stipulari filijs pater non posset.

7 Secundò fallitur; nàm supponit his filijs stipulatum à Patre tanquam futuris hæredibus, & tamèn cum perpetuò filijs stipulatum asserat *Africanus*, & filios eos nominet, nunquam hæredes, satis innuit illis non uti hæredibus; sed uti filijs stipulatum fuisse.

8 Tertiò denique, & in eo fallitur, quod exêplum illud, quod *Africanus* de eo, qui ità stipulatus esset, *Mihi aut post mortem meam Lucio Titio dare spondes*, subiecit ad hoc ut ostêderet huiusmodi stipulationes post mortem stipulantis conceptas in usu fuisse, ipse *Faber* sic exponit, ac si adductum exemplum à Iuris Cons., de prorsùs simili specie superiori propositam foret; & ideò ex hoc exemplo vult superiorem explicandam, nèc videt quàm longè diversum sit, *Si quis sibi, aut Titio* scil. homini prorsùs extraneo quam *si sibi, aut filiis suis*, & quod plus est sub sua potestate positis stipuletur. Sed hæc sufficiant, nàm si quis reliqua ad huius legis sententiam pertinentia velit, adeat *Cujacium tract.*7. *ad Africanum.*

9 Sed non contentus *Faber* ex pluribus locis

suam

suam asseruisse, & validè, ut ipsi videbatur, sententiam, vult ad ea, quæ pro nostra sunt, respondere; ideòque quod *Pomponius* scribit in *l.si itaque D. de pactis*, eludere conatur sub *n.* 10. scribens de hærede *Pomponium* loquutū esse: quando apertissimum est generalitèr, & indistinctè loquutum Iuris Consultum, dum benigna Interpretatione posse defendi asseruit *utilem stipulationem esse*. Sanè si quis velit verba illa *suo herede*, de filio hærede suo intelligere, adhùc *Pomponium* loquutum de filio hærede suo, intelliget, non de hærede.

10 Restat pro Coronide, ut ad textum in *l. inter socerum* 26. §. *penult. D. de pactis dotalibus*, & *in l. debitor* 59. §. *ultimo D. ad Trebellianū*, quibus adstruere suam opinionem tentat *Faber num.* 11. & *sequ.* aliquid dicamus. Planè ad hæc iura Responsio in promptu est, nempè, neque in eis tractari de actione utili, sed de directa, hancque non illam denegari Marti, quod sat dixisse, & si sciamus esse nonnullos qui in hoc quod defendimus de acquirenda actione ex personarum affectione, solent distinguere descendentes, ab ascendentibus, & fateri posse ab ascendentibus descendentibus quæri actio: sed nòe còtrario; moti ex eo quod affectiunis cursus, ut dici solet descendat non ascendat, & ex his, quæ *Cujacius* tradit *d. tract.* 7. *ad Africanum ad l.* 23. & *Hotomanus* 4. *obser. cap.* 8.

11 Insupèr quoniàm circa hæc, quę dicta sunt, quid *Interpretes*, quidve *Pragmatici* sentière alibi exposuimus, nūc illud dictis addēdū est quod apud Nostros in Foro, & in Scholis receptum est, Notarium posse pro absentibus stipulari, eisque validè per eum actio ex stipulata acquiri, ut *Acenrsius*, cæterique tradiderant ad §. 3. *instit. de inutil. stipulat.* & ad *l. Imper.* 38. *D. de pactis*, ad quam etiam *Duar. Gothofredus*, alijq; *Neoterici*, quorum traditis addunt *Pragmatici* per huiusmodi Notarij stipulationem etiàm antè traditionem dominium acquiri solere ex *Boerio decis.* 49. aliaque similia.

12 Et si hoc ipsum in Feudalibus negent admittendum, & velint nō sulùm Notarium; sed neq; fratrem fratri, nec coniunctum coniuncto feudum, vel partem eius posse acquirere ut notat cum *Rosental de feudis cap.* 3. *qu.* 15.

13 Non parùm tamē hæsitationis est in stipulatione impersonalitèr concepta, cum scilicèt stipulator dixerit, *dabis centum*, Respōderit autem Reus dabuntur; sunt enim qui inutilem hanc stipulationem credant cum *Alciato* 8. *Parergon cap.* 18. *Cujacio in l.* 5. *de verborum obl. Duar. ad l.* 1. §. 2. *D. de verborum obl.* alij còtrà utilem esse velint cum *Bartolo*, & vulgaribus *Repetentibus* sequutis à *Vvesembeceo in Pratl. tit. de verborum obligat. n.* 4. per tex. *in aut. si quando C. de constituta pecunia*, quamvis huic textui *Alciatus* occurrerit dicendo longè aliam esse causam Constituti, à causa stipulationis, ut apud ipsum videre est.



CAPVT XVIII.

Ad l. Publia Mævia 26. D. depositi, & l. si pecunia 77. D. de leg. 1.

SVMMARIVM.

1 *De tex. in l. publia Mevia, quæ communem probat sententiam.*
2 *De Fabri omissione.*
3 *De specie l. mortis.*
4 *De tex. in l. eum quis decedens.*
5 *Quid Nostri.*
6 *Depositarius ad quid teneatur.*
7 *De fideicommisso relicto a debitore.*
8 *Poteśt relinqui a quocunque legatario.*
9 *Mandatum morte non revocatur.*
10 *De confessione debiti in testamento facta.*
11 *Valebit ut fideicommissum.*

1 IN præsenti *Faber* textui in *l. Publia Mævia* 26. *D. depositi*, quo asseri communis sententia videbat: obviam ite conatur; adeòque scribit, in specie hujus tex. esse quidèm restituendam arcam cum veste, & ornamentis Publiæ Mæviæ filio, non tamen ex causa depositi, sed ex causa fideicommissi, quod à Caja Seja, apud quam deposuerat Publia Mævia, relinqui potuit.

2 Sed primò illud supponit, adeòque probare omittit quod potissimum probandum ab eo fuerat, scilicet in specie huius textus, non de deposito, sed de fideicommisso tractati, cum autem hoc non probet, neque pulchra, neque bona erit allata expositio, quamvis centiès talis visa *Treutl. vol.* 1. *disp.* 26. *ad Thes.* 5. Verùm quomodò probate suum assumptum potuisset *Faber*, si oppositum eius, nempè de deposito, & de utili actione danda filio agere *Paulum* non de fideicommisso verba illius, immò & ipsamet Rubrica, sub qua Responsum collocatū, apertissimè ostendunt. Considerentur quæso illa: *Publia Mævia proficiscens commendavit*, nàm statim, vel ex verbo illo *commendavit* proprijssimum in cōtractu depositi, nemo nō videbit tractatum de deposito esse, considerentur & illa *eam salva sanave venero restituas mihi*, an non in his expressas apertissimè leges depositi videmus? Denique & in reliquis omnibus

nibus agi de deposito, eoq; restituendo apertissimum est; illud enim dumtaxat peculiare in hac *l. Publia* est, quod illud quoque deponens mater adiecit, ut se mortua depositum filijs restitueretur; nam ad hos bona pervenire, non ad hæredes volebat, sciens filios nequaquàm sibi futuros hæredes, aut de hoc metuens ne eveniret; proindè providere voluit, ne depositaria *Caia Seia* alijs restitueret, sed ex lege deposito dicta semper filijs daret, & adversus hæredes, aut pacti conventi exceptione, aut doli tuta remaneret, ut rectè observat *Linklama*, qui & doctè tem hanc tractat *membranarum* 7. c. 36.

3 De reliquo si *Fabri* ratiocinatio admittenda foret utique fuisset in specie *l. mortis* 18. §. *Titia D. de mortis causa donat.* nam in ea tractatur de mortis causa donatione, quæ facilius ad fideicômissum trahi poterat, etiam ex verbo *Rogavit* proprio fideicommissorum quo usus J. Consultus est, & tamèn ne ibi quidem admissa, nam *Julianus* concludendo Meuium vel pacti conventi, vel doli exceptione submoveri posse, ostendit nequaquam ad fideicômissorum tractatum eam speciè pertinere, & pactum de restituendo post mortem validum esse, & validè interpositum quamvis ad extraneorum favorem; dicamus ergo, quod huiusmodi dispositiones non inducunt etiam post *D. Pij* rescriptum fideicommissum quanquam si deponentes apertè suam expressissent voluntatem, potuissent inducere.

4 Denique circa *l. cum quis decedens* 37. §. *codicillis D. de leg.* 3. quamvis verum sit quæsitum in specie proposita, an sufficiant ad depositam pecuniam petendam Codicillorum verba, tamen quia supponit ibidem *Scevola* posse nepotem petere, satis intelligimus id pacto posse, scil. pacto cũ patruo interposito; nam si id negamus oportebit supponere cum *Fabro* hunc nepotem patruo hæredem fuisse, id quod cum nulla adsit coniectura non facilè supponi potest, Vix enim in filijs & in potestate existentibus huiusmodi suppositionem lex admittit.

5 Sed ad materiam *l. Publia Mevia* 26. *D. depositi* primò apud Nostros constat non solum in deposito facto; sed in quacunque traditione pactum appositum in favorem tertij, parere in illius beneficiũ utilem actionem. Id, quod ex *Bartolo, Baldo, Castrensi, & Decio* ad eandem legem deducunt, itemque & ex *Gabrielio commun. concl. lib. 3. de verbor. obligat. concl.* 1. & *Carocio in tract. de deposito par. 1. cap. 3 tit. sinon. dominus deponat.* Addũt etiam, quod si pactum de restituendo Domino non foret interpositum: puta quia à fure, vel prædone res deposita, poterit adhuc dominus rem Repetere, eiq; rem repetenti restituendam sentiunt cum *Bossio in tit. de carceribus n.* 26. quod declarat latiùs idem *Carocius ubi supra tit. prædo, vel fur deponat.* Porrò Monasterio faciendam ajunt restitutionem, si Monacus rem deposuerit, & si Monacus ipse cum Superioris licentia ad aliam transijsset religionem ex *Gl. Innoc Speculatore, Lapus alleg.* 62. *Calder. consf.* 23. & 27. *de Regularibus Barbatus consf.* 20. *col.* 4. *vol.* 3. & *Carocius d. p.* 1 *rubr.* 1.

6 Ulteriùs quoniam depositarius sine dilatione restituere depositum debet, quæritur si dominus mandaverit depositam rem Titio eũ tradere, & Titius qui recepit eandem perdiderit, an depositarius quia restituit remaneat liberatus? & quidem in his terminis liberatũ eum affirmat *Afflictus dec.* 130. *n.* 3. Verum si non obstante primo mandato inhibuisset dominus postea ne rem traderet, licèt inhibitio illa non eidem depositario, sed Titio ne reciperet, foret facta; & depositarius notitiam habuit, eaque non obstante tradidit, non liberabitur, ut ex *l. si quis servo in fine D. de solut. Castrensis* notat, & *Carocius ubi sup. tit. de deposit. restit. &c.*

7 Ad ca, quæ de fideicommisso *Faber* hic tractat circa *l. pecunia* 80. *D. de leg.* 1. & *l. mortis* 18. §. *Titia D. de mortis causa donationibus, & l. cum quis decedens* 27. §. *Codicillis D. de leg.* 3 Illud primò adnotandum erit, quod Nostri, ut indubitatum in jure habent posse à debitore fideicommissum relinqui, quod cum sit, debitor gravatus adversùs hæredem agentem exceptione se tuebitur, eũq; excludet, ut *Bartolus, Baldus, & Jason* adnotant ad *d. l. pecunia*, itemque *Castrensis, & Salycetus ad l.* 3. *C. de novationibus, & Ludovicus in commun. cõclusionibus concl.* 4. ubi etiam advertit, quod aliquando inquietari adhùc debitur, sivè depositarius post fideicommissum iniñctum, eiusve solutionem poterit ab hærede, quod coincidit cum his, quæ hic *Faber* exarat.

8 Secundò adnotandum, quod passim *Pragmatici* inculcant, non solum hæredi, sed cuicunque legatario, aut fideicommissario repetitionem depositi adversùs depositarium competere, ut *Carocius* in sæpiùs citato *tractatu de deposito p.* 1. *sub tit. hæredibus, &c. & seqq. legatarijs. &c.* scriptum reliquit: Et sane cum testator iusserit alicui quod deposuerat restitui, æquissimum est, eius voluntas exequi; sicut iniquum, si postquam depositarius restituerit, & ut testator iussit, nihilominus inquietaretur, nisi non ritè de fideicommisso iniuncto, & testatoris iussu constaret, ut dicimus in eo, quem non constat tutorem fuisse, aut Prælatum; nàm quamvis ei, qui pro Prælato, aut tutore se gessit, cum posteà apparuerit, aut talem non fuisse, aut in dubio esse, an sit, potuerit depositarius quod ipsemet de-

deposuerat restituere si adhuc in bona fide erat, ut *Jason* docet in *l.laudata,& l.si urbana num.*10. *D.de condit.indebit.* & ex eo *Carocius de deposito p.*1. *tit.de depositi restit.& Afflictus decis.*147. Attamen si non ipsemet qui deposuerat petat, sed alius, oportebit depositario constare hunc petentem tutorem, aut Prælatum esse, successoremque illius, qui apud se depositum reliquerat, ad hoc ut secure ei restituere posset, ut ad *Afflictum*, ubi suprà rectè addit *Vrsillus, & Anchar.q.*31. *par.*2. unde à simili, cum non ipse deponens, sed qui se fideicommissarium, aut legatarium illius, aut hæredē facit depositum petit, oportet, ut legitimè cum petere depositario constet, ne deinde possit amplius inquietari, postquam restituerit.

9 Cæterùm in *l.mortis* § *Titia D.de don. causa mortis* sunt qui mandatum agnoscunt, & quod magis cum *Bartolo* morte mandantis non revocatum, quod quandoque accidere adnotarunt *Medices in tractatu mors omnia solvit p.*2.*concl.*63. *in limit.Ozasch. dec.* 150. *num.*4.*& Boerius dec.*346. *n.*6. quamvis posse hæredem illud revocare plerique velint ex *P. Ravenna singul.*312.

10 Ad hæc & illud quoq; observandum ex *l. cum quis decedēs* §. *Codicillis D.de leg.*3. *Pragmaticos* tractare de confessione debiti in testamento facta, & an, & quando debitū probet, & utrum possit revocari, de qua re *Mascardus de probat.concl.*359.*& Guttierez resolution.par.*3.*cap.*54. alijque, cum quibus *Scoppa* alibi citatus. At si non solum confessus foret testator, sed juramento confessionem cōfirmasset, frustrà deinde se eum tueri exceptione non numeratæ pecuniæ *Seraphinus* firmat in *Tractatu de privilegijs iuram.privil.*60 *num.*17.

11 Rursus illud constat, quod & si de debito aliunde non appareat, huiusmodi confessio pro legato, aut fideicommisso valebit *de Pretis consil.*37. *Valenzuola consil.*174. *num.*12. atque ita si nō actum inter vivos saltèm causa mortis dispositionem faciet ut ijdem Doctores fatentur.





CAPUT XIX.

Ad l.Gajus D.soluto matrim.l.quodcunque 45.§. si quis ità D. de verborum l. pater 7. C. de pactis conventis.

SUMMARIUM.

1 *Iterum de tex.in l.Gajus.*
2 *Prima Fabri oppositio adversus dictum tex. diluitur.*
3 *Item oppositio secunda.*
4 *Item oppositio tertia.*
5 *Quæ innovat in præsenti capite Faber circa ea quæ prius dixerat.*
6 *Quid Faber adversus Tribonianum.*
7 *Quid emendato text. vult.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Quid Baldus.*
10 *De tex.in l.quodcunque.*
11 *Quid dicendum, si nulla facta heredum mentio.*
12 *De donatione gratuita.*
13 *De donatione in causam.*
14 *De donatione contemplatione matrimonij*
15 *De donatione habente causam expressam.*

1 Desperat *Faber* effugium à textu expresso pro communi sententia in *l. Gajus* 45. *D. soluto matrimonio* hinc eum aliud non habeat, à *Triboniano* corruptum elamat.

2 Et primò exagitat verba illa (*permittendū est nepti utilem actionem*) eaque ait non posse construi, & Græcismis plena esse: ar quis huiusmodi oppositiones non parvifaciendas existimaverit, eum sufficiat bonum sensum verba habere, & satis lucidè exponere quæ volunt, quod autem Græcismos contineat, nō ideò sequitur non esse *Pauli*; nàm Juris Consultos ipsos sæpissimè Græcismis usos observarunt viri eruditissimi, & in primis *Ant. Aug.* quibus multò plus, quàm *Fabro* credendum. Cæterum dato quod mendum aliquod in citatis verbis subesset, an ideò à *Triboniano* corrupta dicemus, an nō in promptu *Haloandri* emendatio? is enim legit. *Sed permittē dam esse nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur utilem actionem.*

3 Secundò opponit *Faber*, quòd si in proposita specie actio utilis aliqua competitura, fuisset, illa non nepti, sed ipsius Patri, in cuius potestate eam esse dixit Juris Consultus concedenda foret, sed Responsio in promp-

tu est; ea scilicèt, quod Digestorum tempore etant filijfamilias acquisitionis capaces, saltèm dotis, ut alibi nos probavimus, & magis communitèr Doctores nostri admittunt cum quibus latè *Valentia lib. 1. illustrium tract. 2. de personis, quæ acquirenda hæreditatis &c. num. 21.*

4 Tertiò obiicit *Faber*, quòd non potetat hæc neptis veluti adiecta solutionis causa censeri; obstabat enim ordo scripturæ, in qua constat pactum Avum *nepti reddi, aut sibi*, nô ut oportebat viceversa *sibi, aut nepti*. Sed debuit ab illo *Baldi* loco, ex quo sumpsit obiectionem, & Responsionem desumere, & intelligere, scripturæ ordinem invertendum quandoque, ut actus valeat, redigendumque ad iuris rationem, ex qua res existimanda est.

5 Cætera, quæ ad præsentem disputationem adijcit *Faber*, jàm alibi ab eo proposita, nempè 1. *coniect. cap. 4. & lib. 13. coniect. cap. 5. n. 10. & cap. 12.* ibidèm à Nobis confutata fuêre; unde ad elegans Rescriptum in *l. Pater 7. C. de pactis conventis* defendendum, descendimos.

Et primò sub *num. 9. Faber* retractans ea, quæ commentus fuerat 1. *coniect. 4.* parum abest quin sub *num. 11. & sequ.* à veritate compulsus, quod res est fateatur; nàm & fatetur utcunque, & concedit ex huiusmodi stipulationibus dandas actiones, sed non narivas eas, at dativas esse; hoc autem nobis satis est ad ostendendum falsum esse, quod totiès inculcat *omninò huiusmodi stipulationes inutiles esse*.

6 At sub *num. 13.* adductum Rescriptum in *l. 7. a Triboniano* corruptum clamat, id autèm asseverans laudat potiùs *Tribonianum*, quàm vituperat, nam memorem ut solet facit, & legum capita apprimè tenentem, nàm sivè prius hoc Rescriptum in Codice emendatum, deindè Responsum *Pauli* in *l. Gaius*, in Pandectis repositum, sivè priùs repositum in Pandectis Responsum, deindè correctum in Codice Rescriptum dicas, semper *Triboniani* maxima diligentia, & maxima cum memoria legum coniuncta, effulgebit. Nam vel in novo Codice faciendo non solùm sollicitus fuit de 50. decisionibus, & novis illis Constitutionibus in ordinem redigendis, sed etiam prudentissimè voluit leges omnes Codicis cum legibus Digestorum ad armoniam reducere, vel in consarcinandis Pandectatum libris, dum hanc *l. Gaius* sub sua ponebat Rubrica, recordatus est de Rescripto in primo Codice existente, & recordatus de libro quinto Codicis, dum vigesimum quartum Digestorum compilaret, scilicèt ferè post tres, aut quatuor annos, quod certè mirandum in homine occupatissimo est.

7 Sed dicit *Faber nu. 13. Tribonianum* emendasse hanc *l. Pater 7. C. de pactis conventis* dû respiciebat ad *l. scrupulosam 11. C. de contr empt.* Respondeo, quod si quis rectè tempus, in quo data *d. l. scrupulosam* cum tempore, in quo Codex est confectus, conferat, & advertat insupèr *l. pater 7.* positam sub 5. *libro Codicis*, qui conficiebatur in quinto mense à die compilationis, & prædictam *l. scrupulosam* datam esse 8. mense post cæptum Codicem; is novetit non præcessisse, ot credit *Faber*, sed sequutam Constitutionem in *d. l. scrupulosam*, fuisse hanc *l. 7. C. de pactis conventis*, quæ priùs in Codice reposita fuerat.

8 Rursùs & si quis ad eandem Cronologiam attendat, videbit etiam *l. unicam C. ut actiones ab hæredibus, & circa hæredes*; latam anno Christi 531. longo scilicèt tempore post suprà adductas Constitutiones fuisse.

Denique obijcit *Faber* adversùs hanc *l. Gajus*, quod in ea non sit verbum, à quo rogetur, levissimum hoc, & falsum, nam illud habent postrema *legis* verba, quæ tamen si cum *Fabro* dispungas, certè truncum, & mutilum textum efficies, sed tu efficies, nô talem invenisti.

9 Sed hæc ad *Fabrum* sufficiunt; nàm quoniàm de utili actione acquisita per avum maternum nepti, alibi diximus ad materiam *l. Gajus 46. D. soluto matrimonio*, nùnc illud addere libet, quòd multotiès avus nepti dotem dare tenetur adæquaré *Menochius præsumpt. 3. præsumpt. 17.* qui & de his qoq; tractat in eodem *lib. præsumpt. 5. num. 10. & præsumpt. 11. num. 14.* quæ pertinent ad stipulationem, quæ pro dote intercedere solet.

10 Quod autem, *Baldus ad l. Pater 7. §. licèt C. de pactis conventis* adnotavit, scil. disiunctivam positam inter personas, non vitiare stipulationem, id ex hac eadem *l. Gaius* comprobari poterit, sicuti & comprobari quod est rescriptum in citata *l. pater 7.*

11 Insuper & quod est Responsum in *l. quodcunq; 15. §. si quis ità de verb. oblig.* nàm & hic idem *Baldus* dixit conclusum esse Patrem, aliquid reddi filiæ post mortem suam, stipulari posse, quod *Emanuel Costa* subtilitèr exposuit *Select. lib. 1. cap. 15.*

12 Verùm enimverò quoniàm de filia in *d. §. si quis ita* J. Consultus tractavit, quanquàm ego admitto plerumque eam sub nomine hæredis contineri, fatear etiam venire aliquando admisso masculo, ideòque in Regni *Constitutionibus* cum de successione feudorum agitur, & in *Gratiis* à nostro Rege feudatarijs concessis, ea concessione, qua Patruus compræhenditur, compræhendi Amitam assentiar Viro doctissimo, & de Patria, ac patritiatus ordine universo (quem exornat, promovet, vindicat,) optimè merito *D. Fulvio Caracciolo Regio Consil.* de hac re differenti in sua doctissima *dissertatione* edita circa interpretationem gratiarum concessarum

rum Amitę in feudis novis; non tamèn existimo verum esse, quod quidam tradidère, appellarione fęminarum venire hæredes, & eos qui filiæ stipulantur, hæredibus stipulari, nam scio has non præsumere hæredem patri futuras *juris conditores*, ut masculos præsumunt, & proindè nescio quomodo ex hoc nostro textu eruditissimi Viri *Andreas Aleiatus Regula 1.præsumpt.* 31. & *Jacobus Menochius lib.3.præsumpt.*48.*num.*6. Regulam illam eliciant, quòd Pater stipulando filijs, illis uti hæredibus stipulari intelligatur; Etenim & si hæc Regula vera in se sit, quicquid quidam existiment apud *Noguerolum alleg.*37.*nu.*26. *R.Conf.Pratum discept.*30.*lib.*3. *Cutellum de donat.tract.*2.*discept.*1. *speciale* 25. Attamèn revera, ut dictum est in nostro §.*si quis* non probatur, quippè in eo non de ea quæ hæres certè extitura patri, sed de ea circa quam paterna affectio dirigebatur, agitur; de reliquo adductam Regulam explicant luculenter *R.de Ponte conf.*247. *Rovitus conf.*15. *Altomarius* ibidèm *num.*21.*Reg.Conf.Hodierna ad Surdum dec.*32.*Giurba ad consuet. Messan. cap.*6.*num.*35.

12 Elegantiùs tamèn quæri solet, ao si nulla in stipulatione hæredum facta sit mentio, nihilominùs ius quæsitum hæredibus intelligatur? & sunt qui affirment cum *Repetentibus* omnibus adductis, & sequutis à *Tiraquello de retract.conventionali* §. 1. *Glossa* 6. Alij, & meliùs distinguunt non solùm contractus, sed separant in contractu emptionis *Emptorem à Venditore*, ut videre est apud *Teodorum alleg.*43. *num.*16. utcumque tamèn difficillimum est invenire quid dicendum in donatione, an scilicèt simpliciter ea facta alicui, non expresso fieri, & hæredibus, aut filijs, donatio personalis censenda sit, adeòut donatario mortuo bona donata ad donantem sint reversura, an verò realis, & ad filios, & ad hæredes transitura; nam quamvis plura Doctores in hac re adduceant, ut videre est apud *Marium Cutellum de donat. discursu* 1. *speciale* 2.*par.*4. adhùc res manet in ancipiti, & obscura; unde dicerem ego utendum distinctione ad facti circumstantias diversasque

13 species accomodata, nam si donatio merè gratuitò, atq; nulla expressa causa facta proponeretur Titio, censerem eam Titij personam non transgredi: adeòque ad hæredes non transire, & ad hunc casum applicanda quæ *Tiraquellus ad l.si unquam verbo donatione largitus num.*169. disseruit, & quę *Menochius laic lib.*3.*præsumpt.*13.*& Tesaurus qu.*6.*lib.*2. alijque apud *Barbosam in cap. sanè num.*2. adnotarunt, facit etiam ad hoc ipsum text. in *l.an precario, & in l.interdictum* 14. *D.de precario, & l. Lucius Titius D.de servit. Rust. præd.* quibus movetur noster *Faber lib.*8. *C. de revoc.donationibus defin. ult.* & reliqui, itè ad casum hunc reducenda etiam quæ scribit *Bottilierius de success. ab intestato Theor.*15.

14 Sed si donatio in causam fuerit facta, siquidèm causa illa, eiusque favor, in alijs quoq; perduret, acerrimè tenendum erit ad hęredes, & ad filios etiam donationem pertinere, ut probant *Cancerius variarum* 3.*cap.*2. *Fontanella clausf.*4.*Glossa* 28. *Cutellus* loco citato, ex quibus *Altomarius ad d.cons. Roviti* 151.*n.*27. unde ex horum dictis apparet perperàm in contrarium responsum fuisse à *Rovito d.cons.*15.*in prima concl.* quem illusit *Faber* loco adducto, & *Menochius conf.* 84. *num.*15.

15 Hinc in donatione facta contemplatione matrimonij, sivè quia uxoris favor id extorquet, sivè quia etiàm liberi futuri, & tota familia contemplari à donatore censètur, adeò verum, quod favor causæ perseveret *Cutellus* existimat, quod neq; tandem si nèc liberi superstites fuerint ad donantem reverti velit donationem, post *Manticam de tacitis lib.*13. *tit.*21.*n.*20.*Grassum decis. unica de donat. Puteum decis.*274. ut scripsit *par.* 2. *discursu* 1. *special.*24. *n.* 14. & confirmare nititur *nu.*16. adversùs *Fusarium cons.*4.

16 Denique si adsit quidèm causa in donatione expressa, sed hujusmodi causa talis sit, quæ donantis personæ cohæreat; eamque non transgrediatur, sed insimùl cum illa extinguatur, ut foret donatio facta causa studij, aut Clericatus, quicquid idem *Cutellus* loco citatu innuat sub *num.* 6. crederem donationem cum persona donatarij cessare, resque donatas ad donantem reverti, nisi aliud pactum fuisset.



CAPVT XX.

Ad §. omnia institutionibus de actionibus.

SVMMARIVM.

1 *Quid* *Tribonianus, aut Iustinianus dixerint in illis verbis, & aliis quibusdam modis.*
2 *Expositio Fabriana.*
3 *Sed non undequaque tuta.*
4 *De vera expositione dictorum verborum.*
5 *Respondetur Fabriana obiectioni.*
6 *Refellitur eiusdem secunda obiectio.*
7 *Item & tertia obiectio.*
8 *De sententia l.diffamari.*
9 *Quid Interpretes.*

10 *Quid Pragmatici.*
11 *Qui actione ex l. diffamari agi, sit ne Reus, vel actor.*

1 QUid *Justiniani* verba *& alijs quibusdam modis* significent *in §. omnia instit. de actionibus*, & si variè explicatum ab *Interpretib.* fuerit; magis cōmunitèr tamèn à Nostris *Accursio* assentitū est, qui docuit in *Glossis* idipsum significare, quod significaot similia verba *ex varijs causarum figuris* apud *Gaium in l. 1 in princ. D. de act. & obligat.*

2 At *Faber* in hoc capite, longo verborum apparatu, postquam adversùs *Hotemannum, Vvesemb. Cuiacium, & Vlteium* disputavit, non aliam tamen (quãuis uri suam) quam vulgatissimam hanc expositionem nobis obtrudit sub *n.* 19. nusquàm verius illud: *Parturient montes, &c.*

3 Verum enimverò nec undeqoaque præfata expositio satisfacere potest, nam non explicari patiuntur *Iustiniani* verba de obligationibus, ex quibus actiones in rem scriptæ nascuntur, quæ proprium jus, propriamque causam habent, quamvis in eo conveniant cum actionibus personalibus, quod in ipsis, intendit actor aliquid facere adversariũ oportere; siquidè illud apprimè obstat, quòd cum dixisset *Justinianus* actiones in personas, esse illas, ex quibus quis agit ex contractu, vel ex maleficio subiecisset etiam (maioris explicationis gratias) eas oriri ex contractu, vel ex maleficio, unde intendit Actor, adversarium ei dare, vel facere aliquid oportere, atque ità ex fine, & intentione actoris qualis futura actio explicasset; dum deindè addidit (*& alijs quibusdam modis*) apertè ostendit esse, & aliqnas actiones quibus neq; aliquid dari, aut facere oporteat, ut pleriq; ex *Interpretibus* animadvertere; proinde investigandum erit non de actionibus, quæ neq; ex contractu, neque ex maleficio descendant sed de actionibus, in quibus neq; facere, neq; dare oporteat Reum, & ut concludamus de actionibus in rem scriptis *Justinianum* loquutum esse, priùs probãdum est in ipsis, neq; dare neq; facere aportere aliquid Reum conventum. At quomodò hoc probabimus? si in actione ad exhibendum certum est facere aliquid oportere conventũ, in actione quod metus caussa, certum id ipsum; nam & in ea intendit actor, res sibi à possessore restitui, quod est facere aliquid, aut dare, ut ipsemet *Faber*, qui his exemplis utitur, fateri cogitur.

4 Alia igitur & verior expositio quærẽda est, quã ut assequamur, oporter, ut fateamur, errare primò eos, qui in *Justin.* citatis verbis interpretandis, illud *facere*, aut *dare* ab actu extrinseco, & positivo existimant, nàm ità in eas angustias se coojjciunt, ut investigare cogantur, quæ nam actiones illæ sint io quibus is, qui convenitur neq; dare aliquid, neq; facere oporteat, quod tamen verificari posse impossibile est, quandoquidèm, & in illis met exemplis, quæ attulere *Zasius*, *Misinger.* & *Balduinus* si quis *agat, ut Titius, ab infamia cesset*, aut *ne jurisdictionem turbet*, aut *ne ades circumeat*, & similia, adhùc factum aliquod cõcluditur, dũ intendit actor, ne *Titius* illud, aut illud faciat, atque ita, ut aliquid faciat, ut rectissimè *Hermanus Vultejus* loco supra citato *n.* 8. nos docet.

Deindè accedendo his quę ab *Vulteje* sont dicta, actiones in quibus, nèc dare, nèc facere oporteat, & de quibus intelligendus *Justinianus*, dicendum erit eas esse, quę pręiudiciales appellantur, in his enim dumtaxat, quæri solet, *an liber quis sit, an libertus* item *de partu agnescende*, & similibus.

5 Neque obstant, quæ in contrariũ congerit *Faber* nam quod ait à *Justiniano in §. praeiudiciales* huiosmodi actiones in rem esse, scriptũ fuisse, verom non est; dum improprietatis nota usus ille fuit ibi *videri* atque ita, tales non esse absolutè innuit; quod si dixeris, & quare ita loquutus fuit *Justin.* & *videri* dixit quando Tutius, & melius dixisset *esse in personam*, replicabo, & cur ità loquutus foret, si tutiùs, & absolutè dicere potuisset *esse in rem*? neutrum sanè dicere voluit, & proindè videri scripsit.

6 Ex his refellitur etiam secũda obiectio *Fabri*, quod huiusmodi actiones (cum nõ intendat actor, Reum aliquid dare, aut facere, quia obligatum eum non habet) non sint similes actionibus personalibus, & ex diverso realibus sint simillimæ, in eo præcipuè, quod dantur adversùs eum, qui nullo iure est obligatus, quique non est condemnandus: Refellitur quidem quinimmò ad comprobandam nostram sententiam vertitur; nam præsefert oppositio, quod huiusmodi actiones, de quibus loquutum *Justinianum* volumus tertium quodam, genus diversum à personalibus, & realibus constituãt, illudq; modo aliquo dissimili, à primo, & modo aliquo, à secũdo; ideòque rectè scriptum à *Justiniano*, *& alijs quibusdam modis*, & quia tamen similes realibus sunt ideò *videri* tales assertum esse, nã ut ipsemet Faber *n.* 13. fatetur, non in omnibus, & per omnia eadem sũt. Ex his autem omnibus concludendum erit, quod huiusmodi præjudiciales actiones, sint quidem personales: at non ex earum numero, quæ ex contractu, vel maleficio oriuntur, ideòque videri reales, & hoc constituere diversum quoddam, & proprium actionum genus.

7 Denique non obstant qood ait *Faber* huiusmodi actiones dirigi quidem in personã,

at

at non tanquàm personam, sed tanquàm in rem; nam respondetur à *Vulteio* actiones personales dictas non ex eo quod in personā dirigantur, Sed ex eo quod in ipsis de statu, & conditione personarum deq; ordine, & sexu disceptatur. hine dicendum, actionum personalium, quasdam ob contractus, vel maleficia, quasdam ob statum personarum tōparatas. Cæterum à *Fabro* peterem utrum in eo præjudicio, quod præcedere causas alimentorum oportet, actio in personam tanquam personam, an verò tanquam rem dirigatur? hæc nos, adeat tamēn qui velit *Vulteium*, & *Bachovium de act.disp.4. Thesi 1.in fine.*

8 Investigandum etiam hic esset de sententia *l.diffamari C.de ingenuis & manumissis*: at quia ab alijs id actum est, libentèr, omittimus; illud tantùm monentes *Fabrum* omnia, quæ circà ipsam attulit ab antiquorum scriptis præsertim à *Francisco Sarmiento* desumpsisse *select.1.c.2.* quæ verò in contrariū, desumpsisse à *Ludov. Molino de hispan.primog.lib.3. c.14.n.23.* adversus quem suam denuò asserere sententiam idem *Sarmiento conatur lib.6. select cap.6.*

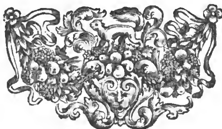
9 Verum enimverò ex *Interpretibus*, sunt pleriq; etiam eruditiores qui cum *Arnoldo Vinnio* ad citatum *inst.§. omnia*, credant illa verba *ex varijs causarum figuris* non aliud significare, quam varias agendi formulas, habentque etiam pro se *Teophili* paraphrasim ad locum citatum.

10 *Pragmatici* tamen, qui in hac materia actionum unicum *Jasonis* Commentarium legunt, illud pro certo habent, & ut *Brocardicum* passim iactant, & obijciunt, neminem sine actione agere posse, & has quia diversas inter se, diversimodè intentandas, ut notavit *Cravetta cons.103. Guid.Pap.singul.385. Rota Januensis dec.14.* Regulam tamen de non agendo sine actione aliquando limitari voluit, tum *Matesil.singul.7.* quasi quod in illis casibus in quibus agitur, quia lex ita permittit, adhùc dicendum non esset agi condictione ex lege quod idem, est quod agi aliqua actione, dum cōdictio ex lege, vel in ipsorum *Pragmaticorum* sentētia actio personalis est; ideòque triginta annis perdurat, *Afflictus decis.139.*

Porrò, quanquàm in Regno nostro sola facti veritate inspecta, & absque figura judicij procedatur, non ideò sine actione agi posset neque alteram pro altera proponi, aut intentari, *ut Pragmatici* meliores *Muscatellus*, & *Gallupp*us advertère.

11 Denique ad materiam *l.diffamari* illud cōtroverti solet, an qui actione illa agit Reus, vel Actor dici debeat, & cōtraria vidētur protulisse *Afflictus dec.267.& Capycius decis.18.* videndus ergò *Muscatellus p.1. Glossa Reus n.13.* qui materiam omnem, & quæstionem explicat.

Finis Libri Deciminoni.

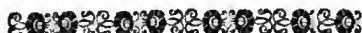


D.HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER VIGESIMVS.



CAPVT I.

Ad l. Arescusa 15. D. de statu hominum.

SVMMARIVM.

1 *De sententia huius textus.*
2 *Fabri assertio reiecta.*
3 *Iterum adversus Fabrum.*
4 *Replicatio Fabri.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *De partu vitali, & numero puerperij.*

1 VEL ex vulgato Juris principio, quòd is, qui in utero est perindè habeatur, ac si natus esset, in his, quæ ad suum commodum pertinent, alteri tamèn antequàm nascatur, non prodest *l. qui in utero 7. D. de statu hominum.* ostenditur falsam esse *Fabri* coniecturam, quinimmò apertam calumniam continere adversùs textum in *l. Arescusa 15. D. de statu hominum*, quandoquidem in eo cum sub illa conditione libertas data Arescusæ proponeretur, si tres liberos peperisset, consequens erat, ut non priùs Arescusæ competeret libertas, quam obeditum conditioni, & quam tres liberi ei nati forent; Ergò si primo partu tres, secundo unum parturijsset, postremus veluti ex matre libera natus erit, & ideò liber, cæteri non itèm; nàm non priùs libera mater fuit, quàm tres peperisset, hos autem antequàm forent editi, dum in utero erant, iuvare matrem ex adducto principio non potuisse concluditur.

2 Ulteriùs quamvis cum *Fabro* arguteris, & aliud esse instans dicas, quo partus editur, aliud, quo editus est, attamèn quoniàm oportet impletam esse cōditionem, ut libertas cōpetat, nèc priùs conditio impleta sit, quàm ter partus editus, nàm non priùs verum est tres liberos peperisse Arescusam, concludendum erit, ut mox dicebamus, quartum dumtaxàt filium liberum nasci; Cum enim parere mulier incipit, non valet dici impletam esse conditionem, quia non adhùc verum, tres peperisse, & si habeat in utero, & proximè edendos; alioquin juvarent filij nonnati cōtrà citatum principium matrē suā, de cuius utilitate, & libertate principalitèr quæritur, ut ipsemet *Faber* fatetur *num. 12.* nisi dicere velimus, quòd cum incipit conditio impleri,

jam

jàm habenda est pro impleta, quod tamèn falsum est, quia conditio non potest dici impleta, nisi in ultimo momento suæ perfectionis, & in proposito non erit talis, nisi tertio nato partu.

3 Præterea, ut hæc fiant evidentiora, petam à *Fabro* in ea conditione, si decem mulier hæredi præstiterit, quid dicendum si cum illa quinque, aut octo dedisset, filium parturiat, an inquam hic filius liber veluti ex matre libera futurus? Certè negativè Respondet quoniàm non perfectè obeditum conditioni, & octo dara cum decē danda fuissent, ideòq; nō adhùc libertatē mater consequuta, ar urgebit illa, & dicet se reliquos nummos promptos pararosque ad solutionem habuisse; dicemus id non sufficere, sed solutos fuisse oportere; ità ergo à pari dicendum in proposita conditione *si tres pepererit*; nàm non esse eam impletam, cum unum, aut alterum ediderit, quanquàm tertium proximè sit editura mulier, satis constat, eo quòd oportet tres parturijsse ut libera fiat.

4 Sed pergit *Faber*, & *num.* 17. scribit, partum, de quo agimus unicum censendum esse; quoniàm ex unico conceptu factum in philosophia constat; hujusmodi assertio indistinctè vera non est; quoniàm opus est, ut nos fecimus *Suspicionum in Libris* observare ex nascendi modo utrum partus multiplex unico ex conceptu, an verò ex superfætatione fuerit, utroque enim modo posse esse, à bonis Authoribus cum Philosophis, tùm Medicis scimus post *Hippocratem in libello de superfætatione*, & *Aristotilem lib.* 4. *de Generat. animalium cap.* 5. Nam si primo modo, idest unico conceptu, & uno impetu facta generatio, eodem etiàm modo, & uno impetu in eadem pellicula involuti nascentur gemini, & partus dicetur unicus; si autem secundo modo, idest per superfætationem, filii per intervalla nascentur, & quandoque cum aliquorum dierum intervallo. Sed de his, alibi, nùnc certè adnotandum primò receptam lectionem nō omninò bonā esse in hac *l. Arescusa*, ideòque emendandam eam, ut in *Suspicionum Libris* fecimus; secundò adnotandum ex his, quæ *Triphoninus* proponit, apparere Arescusam superfætasse in proposita specie, & hoc non animadversum à *Fabro*, ideòque se in plures errores præcipitem egisse.

5 Verùm enimverò, & si nos cum *Fabro* tot patiamur difficultates; Sicut & *Neoterici* inter quos *Ant. Vacca* in notis ad eandem *l. Arescusa*, *Joannes Robertus lib.* 4. *sentent. c.* 5. *Repetentes* tamèn circa illam parum habent difficultatis; nam post *Bartolum*, *Baldum*, *Albanum*, cæterosque tradunt, conditionem ancillæ circà libertatem impositam, si tres filios parturiet, statim tertio edito filio, impleri, ideòque quartum liberum nasci. Cæterùm *Pragmatici*, tori sunt in vitalis partus, & abhortus cognitione, nàm ex hoc ad nonnullas in facto incidentes quæstiones respondent, & præcipuè ad illam, an partus juvet ad implendam conditionem cum *Mascardo de probat. conclus.* 1146. & *concl.* 1151. & multò meliùs cum *Zacchia quæst. Medico legalium tit.* 2. *quæst.* 7.

6 Fatemur quoque pertinere ad eandem vitalis partus cognitionem, numerus puerperij; nàm si numerus excedat, vix dici poterit filios naros vitales futuros: sed quoniàm de hac re eruditissima extat *Caroli Hannibalis Fabroti* diatriba quam de numero puerperij inscriptam habes post *Alph. Acaranzæ* tractatum de partu, extant, & ad rem, plura ab eodem *Acaranza* adnotata c. 18. de multiplici partu, & à *Paulo Zacchia quæst. Medico legalium tit.* 2. *quæst.* 8. & *Menochio præsumpt.* 51. Non erit nobis in tradendis jàm traditis immorandum.



CAPVT II.

De eadem Re.

SVMMARIVM.

1 *Pergit Faber disputare adversus textum.*
2 *Reijcitur eiusdem cavillatio.*
3 *Respondetur ejusdem ponderationi.*
4 *Qui nam partus juvent matres.*
5 *De libertate ex partu.*
6 *An partui possit donari.*

1 Sequitur, & in hoc secundo capite inceptam disputationem *Faber* adversùs tex. in *l. Arescusa*, & ait primò longè diversam esse conditionē impositam libertati directæ, cujusmodi illa est, de qua *Triphon.* in præsenti tractat; à conditione imposita libertati fideicommissariæ, aut hæreditati, vel legato; Etenim libertas directò data, statim debetur. Non item illa quæ per fideicommissum, sicut nèc hæreditas, & legatum, quoniàm hæc omnia hominis factum requirunt, nempè acceptationem hæredis, aut legatarij, itemque dationem ipsius libertatis. At quod nam illud sit, quod ex hac ratiocinatione, quam oriosè nimis, & verbosè inculcat, concludere velit, planè non video; dùm uteunque se res habeat, eaque admissa, non ideò sequitur, quod quia libertas directò data statim competat, ideò sub conditione data competet

etiam

etiam ante conditionis eventum; atqui ut toties diximus in proposita specie, non priùs conditio evenit, quàm tertius filius fuerit natus; ergò post ipsius nativitatem, & non priùs competet libertas, quantumvis directò data, nàm non priùs conditio verificata est, sub qua data.

2 Sed cavillos instruit *Faber*, & aliud scribit esse cōditionem existere, aliud extitisse, & tamèn ex his facilè extricamur, nā quia cōditio purificata esse debet, & impleta, dicimus, quod non priùs extitit quàm extiterit, siquidè in ultimo instanti, in quo perficitur, existere dicitur, & extitisse, ni alioquin plura sequantur absurda. Nàm finge libertatem relictam mulieri prægnanti Romæ, si navis ex Asia venerit, finge partum editum quidem antè adventum navis, sed circa illud tempus, in quo navis solvebat ab Asia, quæro poterit quis defendere, & partum, & matrem liberos effectos, nèc fuisse expectandum, ut navis ad Romana littora perveniret, .sut cōditio purificaretur; sed sat fuisse quod solvisset ab Asia, ut Romam veniret, quia hoc est existere conditionem: certè etiam lippis, & tonsoribus patet, quod nemo ità dicturus est, nāq; conditionis eventus exigit consumationem actus, & perfectionem, non principium ipsius. Cæterùm fateor, & ego, quòd statim existet conditio, tertio filio edito, ideòque matrem statim libertatem consequutā, quartum, libetum parere, sivè illicò parturiet, sivè post multos dies, quod non sic esset, si fideicommissaria data libertas furet; nàm opus fuisset, ut hæres post eventum cōditionis, idest post tertij filij nativitatem libertatem Ancillæ dedisset ad hoc ut quē posteà parit liberum pariat, nisi dicamus, hærede detractāte libertatem date, sufficere quod conditio fuerit impleta, ad hoc ut quandocunque tandem libertas data, possit, ad tempus impletæ conditionis retrotrahi, & favore libertatis aliquantulum recedendum à præscriptis in *l. ult. D. de cond. & dem.*

3 Deniq; quod *Faber*, monet de eadem specie ab *Vlpiano* in *l. sequenti* tractata levissimum est, cur non enim potuit eadem species à duobus Juris Consultis tractari. Quid si revera accidit quod proponebatur, & ex facto notissimo, & conspicuo proposita quæstio J.C., à quibus certatim disputata, & ità sanè apparet ex *l. statu liberos* 3. *§. item Jul. D. de statu liberis*, in qua nō ijsdem verbis, ut *Faber* caulatur tractata, nam non ipsissimis verbis uti *Vlpianum*, & *Triphoninum* oportebit neq; nos legem dare compilatoribus potuimus ut integrum tractatum ex altero Juris Consultorum nobis proponerēt, quando illis visum priùs ex *Triphonino* nobis illum proponere, deindè *Vlpianum* subnectere, cæterùm, si *Triboniano* placitū aliquid de suo nobis ubtrudere, nèc illud inter duos Juris Consultos partiri cogebatur, neque ex ore duorum nobis significare.

4 Ad hæc, quoniàm occasione hujus *l. Arescusa*, solet apud Nostros discuti, qui nam partus matres juvent, operę pretium est circa hoc aliqua adnotare. Et primò, quod ut consentiunt omnes, partus nondùm editus; quoniàm adhùc in rerum natura non est, nō juvat, ideòq; nec gradum facit, nèc in patris potestate est & ad terminos *l. si nunquàm* donationē nō potest infirmare, tetractus ius non habet, à tutela ex capite multitudinis filiorum non excusat, nèc & ipse tutorem habere potest, & privilegijs, & testitutionibus concessis pupillis non utitur, ut hæc omnia, aliaque post *Giurbam decis. 79. Martam in summ. success. legal. par. 1. quæst. 15. art. 2. Grat. discept. cap. 72.* & similes; explicavit luculentèr *a Caranza in tract. de partu cap. 2. §. 1.* diversas continens illationes, &c.

5 Secundò in eo consentiunt etiā, quod cum de libertate quæritur, hæc ei qui in ventre est non poterat relinqui, tanquam incertę personæ, sicut nec partus in ventre tanquam, quid incertum legari alteri pet vindicationem, sed per damnationem dumtaxàt *Gaius lib. 2. instit. tit. 6.* circà quod videndus *Piccardus in §. ea quoque res n. 2. instit. de leg.* Proindè opus fuit Senatus Cons. Orficiano quo permitteretur partui posse libertatē relinqui, ut notat *Paulus lib. 4. sentent. tit. 14.* & posteà *Justinianus* ampliavit in *l. cum intèr* 14. *C. de fideicomm. libertatibus*, & ad hoc attendentes *Accurs. in §. fin. instit. de fideicomm. libertatib.* alijque Vulgares *instit.* Commentatores scripserunt, ventrem, sivè partum adhùc in utero existentem manumitti posse, quod & *Pragmaticis* placuit post *Didacum Cuella de manumiss. 2. par. num. 58. a Caranzam*, & sequaces.

6 Tertiò apparet ex dictis ancipitem fieri quæstionem, an partui donari possit inter vivos, & à quo tempore donationis validitas incipiat; nàm sunt qui non posse affirmant cum *Hotomano quæst. illustr. quæst. 6.* Sunt qui dubitare videntur post *Boerium decis. 172. num. 4.* Et denique sunt qui valere affirmant; at non illicò cum *Molina de Hispan. Primog. lib. 4. cap. 2. nu. 58. Parladoro lib. 2 cap. 3. n. 36. Gutierez in rep. cap. quamvis pactum tit. 63. de pactis in 6.* Sed horum omnium dicta expendit, & refellit *a Caranza de Partu cap. 2. de fœtu, seu ventre §. 3.*



CA-



CAPVT III.

De emendatione d. l. Arescusæ D. de statu hominum.

SVMMARIVM.

1 *Faber plura dispungit ab hoc Responso.*
2 *Et primo illa verba, quæsitum est, quæ retinentur.*
3 *Item verba nec enim natum, &c.*
4 *An quod unicus partus sit, faciat ad rem.*
5 *Retinentur, & defenduntur verba illa, conditio libertati imposita.*
6 *Quid Interpretes.*
7 *De nobilitate Materna.*
8 *De multiplici partu.*

1 IN priori persistens errore; nõnulla, & ferè meliora dispungit hic *Faber* ab eodem elegantissimo *Triphonini* Responso in citata *l. Arescusa*, quod quàm pessimè faciat videamus.

2 Et primò illa verba *quæsitum est, an & quis eorum liber esset*, ideò dispungenda scribit; quoniàm dubitari nullo modo poterat, quin saltè ultimus liber nasceretur; acutè sanè noster censor, nec tamen videt J. Consultos sæpè solitos primò generalitèr, & paulò largiùs Thesim proponere, deinde paulatim, & gradatim eam restringere, & distinguere, quod in præsenti actũ; nàm postquàm generalitèr dictum fuit, *an & quis* statim subjicitur, *sed non dubitari debet, quin ultimus liber nascatur*, sanè si usus dictione illa *solus* foret, intempestivè admodum decidisset quæstionẽ totam quãdo super ea ratiocinari proposuit.

3 Secundò illa verba exagitat *Faber*; *nec enim natura permisit simul uno impetu duos infantes de utero matris excedere*, quæ tamen, & si fatear, quòd si per modũ generalis propositionis accipiantur, falsum continent; attamen quia ad propositam speciem adaptãtur, in qua supponimus per superfætationem cõcepisse *Arescusam*, rectè se habent, & rectiùs ut emendavimus nos *Suspicionum libris* legantur.

4 Præterea estò quod unicus partus foret id non movet; nàm conditio erat, *si tres peperisset*, & hoc attendendum; nam cõditio non impleta nisi tertio edito filio, sive ordine edito, sive uno impetu, & si edi ordine, & edi uno impetu non idem sit; quid enim si post multum intervallum, aut etiam post plures dies (ut in huiusmodi superfætationibus evenire solet) unus post aliũ nascatur filij, an dicemus uno impetu editos? Cæterũ verbum excedere quo utitur J.C. non adeò malũ est, ut *Fab.* credit quanquã si quis delicatus adeò sit, ut eo offendatur, per me ei licebit, ut reponat *exire*, aut quid simile.

5 Tertiò, *Faber* vexat modũm illum loquendi, *hæc conditio libertati apposita, iam implenda mulieri est*, sed iniuria vexat, dum rectum haber sensũm, nisi captare verba potiùs quã interpretari velimus; dicitur namque *iam implenda est*, sed eodem sensu, ac si dictum *iam implenda fuit*, & præsens pro præterito ponitur, nàm postquàm proposuisset quæstionẽ super ea ratiocinatur Juris Consultus, ut fieri solet: sed pndet in his nugis tempus terere, & his ineptijs cartas implere.

6 Itaque ad caput hoc illud adnotandum est, quod partus sequitur sempèr conditionẽ matris suæ, non solũ quoad libertatem, de qua hic apertissimè, & in juribus vulgatis, sed etiàm quoad alias conditiones, ut affirmant, allatis etiam ad rem rationibus, *Guttierez de matrimonio cap.* 95. *num.* 5. *P. Gregor. lib.* 20. *syntag. c.* 7. *num.* 2. alijque apud sæpè citatum *à Caranzam cap.* 3. §. 3. *de partus conditione, Crevellum dec. Dolana* 104. quod & in filijs spurijs dixit *Paleota de nothis, & spurijs c.* 26.

7 Secundò adnotandum quæstionem in hac re esse circà nobilitatem; nàm si pater nobilis, & mater plebea fuerit, filius qui ex Concubina natus est ideoque naturalis, quia à plebea nobilis non esset, nèc gauderet patris nobilitate, si credendum foret *Tiraquello de nobilitate cap.* 15. *num.* 11. eum tamen oppositum veriùs sit & apud Hispanos nostros succedere in nobilitate paterna naturales, & si ex plebeia susceptos notat *Covar. in* 4. *decret.* 2. *par. cap.* 8. §. 4. *n.* 3. videndi tamèn, & Moralistæ eum *P. Sanchez de matrim. disp.* 24. & *à Caranza ubi supra.*

8 Porrò quoad multiplicem partum attinet, quid observandum sit, si testator ità providit, ac si unus filius ei nasciturus foret, & posteà duo nascantur, habes in *l. si ità scriptum* 13. *D. de delib. & posth. & in l. elementa patronus* 81. *D. de hæred. instit.* & apud *Repetentes* qui plura distinguunt, Denique circà filiorum conditionem adeas explicantẽ *Peregr. art.* 41. quã nam partus ad petendum, aut excludendum fideicommissum proficiant, quive non item, & pro non natis habeantur.





CAPVT IV.

Ad l. si fuerit 10. §. planè D. de rebus dubijs.

SVMMARIVM.

1 *De partu duplici.*
2 *Mala Fabri coniectura.*
3 *Rursus hoc ipsum ostenditur,*
4 *De specie ademptionis, & de Donelli sententia.*
5 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
6 *De præmio promisso primo facienti.*

1 QUanquam in eo casu, quo mulier duos liberos uno vētre fuerit enixa, unicum partum non duos esse dicamus, non ideò tamèn admitrēda nō erit *Vlpiani* distinctio in *l. si fuerit* 10. §. *planè D. de reb. dub.* hinc quoties hæc conditio libertati adiecta, *si primum marem pepererit* observandum erit quod si statu libera uno utero marem, & feminam pepererit, ad hoc ut conditio libertati imposita si *primum marem pepererit* purificetur, cum uno ventre duos peperit, videndum erit an certū primò marē peperisse, an verò incertum sit; & quidem si constet, nulli dubium est consequutam eam libertatem ideoque & filiam deinde natam ingenuam esse; sin autem incertum fuerit, neque potest, nèc per subtilitatem judicialem manifestari, an masculus, vel femina prius editus, tunc in rebus ambiguis humanior sententia sequenda, ut tam ipsa mater libertatem cōsequatur, quàm filia eius ingenuitatem, quasi per præsumptionem, priore masculo edito.

2 Hinc est, quod malè *Fabrum* coniectasse, contendimus, dum in hoc capita non solum à *Triboniano* corruptum Responsum clamat, sed ineptum eum esse, & falsum pronunciet; quandoquidem, quod in eo dubitatum an compertum fuerit utrum quis primò, vel secundò fuerit editus, id iure dubitatum est; nam potest vel ex circumstantijs facti, vel etiā quia mulier, quæ eodem ictu conceperat, eodem impetu, & in eadem pelliculа involutos ambos infantes fuerit enixa, id incopertum reddi, & ita quæstioni fieri locus, quæ cum decidi non possit legislatoris arbitrio locus fit. Cæterùm cum in multis juris locis, tam multa in favorem libertatis admissa sint: debuit & hoc etiàm admitti, ut masculus primò positus in lucē præsumatur, neq; ex ab huiusmodi sentētijs æquioribus, alieni J. Consulti & præsertim *Vlpianus* ut notissimum est. Sed replicat *Faber* multo æquiorem futuram sententiam, si dicamus in proposito non solùm matrem, & filiam, sed & masculum quoque liberos factos, at si huic replicationi locus longè æqui ius erit, si dicamus omnes omninò servos liberos faciēdę de cætero eum implēda foret cōditio, atq; ut hæc impleretur os Ancillam peperisse primo masculum oporteret, non potest, nisi edito saltèm per præsumptionem masculo, de libertate tractari, nam nec testator, qui libertati huiusmodi conditionem imposuit voluit prius Ancillam liberam esse, quam natus ex ea masculos fuerit qui in eius vicem serviret,

3 Non tamèn quod in libertate admissum est, de præsumendo nato primum masculo id facilè trahendū erit ad consequentias. Undè si quis legaverit ex cognatis ei, qui primò Capitolium ascenderit, aut ex amicis *Sempronio*; & duo ascēderint *Capitolium*, aut duo fuerint *Sempronij* charitate testatori æquè coniuncti; nō ideò ambobus legatum debebitur, sed potios neutri, ut idem *Vlp.* docuit in principio huius *l. si fuerit* 10. nèc audiendus *Faber*, qui nescio quam differentiam sibi comminiscitur, & in specie de legato *Sempronij* peculiare esse ait, quod verba non solùm in singulari prolata, sed ita prolata, ut exprimant singularitatem personæ; etenim & hoc ipsum est in specie de legato cognatis facto, & singolaritas personæ etiam in verbis expressa est, aut saltèm implicita est, sed itaùt necessariò subintelligatur, nàm quis tàm stupidus, ut in hac verborum formola, ex cognatis meis qui primus ascenderit, non intelligat ei, qui primus *Capitoliū* ascenderit, idq; eò magis quod illa verba ex cognatis, apertissimè pluralē numerum excludunt, & ex pluralitate singularem se ligant.

4 Denique in specie illa, in qua *Sempronijs* in plurali numero legatum proponatur, & deindè à *Sempronio* in singulari ademptum, undè non constet à quo ex *Sempronijs*, fateor non facilè admittendam *Donelli* emendationem, quanquam in eam inclinent *Dionysius Gothofredus*, & alij; nam verba Juris Consulti apertissima sunt, & in omnibus *Sempronijs* valere ademptionem docent, nec quod *Fab.* ponderat sub *n.* 1 r. quicquam movet, nā adest Regula, quod in dubio interpretatio sumenda est in favorem hæredis. Verum sicuti legatum *Sempronio* factum, cum incertū sit cui ex *Sempronijs* factum fuerit, quanquam valeat quoad testatorem qui iam sciebat cui legabat, præstari tamèn non potest, ne fortè alteri, quam ei, cui datum voluit testator, præstetur, ità cum ademptio legati à *Sempronio* facta est, Neutri ex *Sempronijs* dandū le-

legatum est, ne fortè ei detur, à quo adimere testator voluit.

5 Sed quis est ex *Repetentibus*, aut *Pragmaticis*, qui non fateatur post *Grassum recep. sent. §. legatum q.74.* incertitudinem personæ adeo indistinctè viriare omnia legata, ut eriã illud, quod semper favorabile est, libertatis impediat? & tamen quandoque iidem oppositum asserunt: undè eorum dicta oportet, sic explicentur, ut si incertitudo earum sit, quæ ex eventu possit certificari, hæc non solùm non vitiabit legatum, sed præsumptionem quandam ad favorem præferet legatarij: Finge datam libertatem ancillæ, cum primum filium enixa fuerit, hanc duos enixam, quorum alter vitalis, alter non valis; at incertum quis eorum primo natus, vitalis nè, & qui libertatem matri afferret, an verò non vitalis; in hoc casu incertitudo non solum non obstabit, sed juvabit quoniam admissa favorabiliori sententia præsumetur primo natus ille, cuius intuitu mater libertatem consecutura est, ut post *Bartolum* ratiocinatur *Menochius de præsumpt.6.præsump.51. nu.13. & sequenti.*

6 Quid autem dicendum, si præmio promisso opus primò facienti, duo in eodem tempore faciant? ambobus dandum credidit *Alciatus lib.7. Parergon.cap.10.* & quam plurimi moti ex hac *l.si fuerit legatum 11.D.de rebus dubijs*, alij neutris, alij dividendum quod promissum fuerat, unde lis adhùc sub judice.

Quoties autem in contractibus sumus, incertaque sit qualitas personæ cui solvi debeat, aut quantitas, quæ solvi, pòssit tamen certificari, ut contigit exempli gratia cum solvendum est *Titio* uti *Sempronij* procuratori, at non constet an revera *Titius* procurator *Sempronij* sit, aut cum solvenda quantitas sed quanta futura sit, liquidandum, vel per Iudicis decretum, ut in interesse non convento evenit, vel per rationum dispunctionẽ, & calculum, ut in administratoribus alienorum bonorum evenit. Et in his omnibus, & similibus speciebus temperamentum illud *Pragmatici* recipiunt, ut velis, qui recipit, aut agit uti procurator, caveat dominum ratum habiturum, aut se restiturum, in omnibus casibus, in quibus ita esse videbitur, vel quod is, à quo petitur caveat legitimata actoris persona, & liquidata quantitate se soluturum, & permittunt uno, aut altero remedio judex utatur pro arbitrio, & ut res exigere videbitur *l.1.C.de procurat. Heringius de fidejuss.cap.15.num.63. Tiraquellus de retract. convent.Gl.19.§.1.n.2. Magon. dec.Florentina 132.n.16. Peguera dec.279. Ginrba decis.60. Argel.de leg.contr.qu.13.art. 8. nu.83. Peregrin.de fideicomm.art.50.num.82. Fusarius de sub.q.672.n.26.* quorum omnium, & aliorum meminit Ill. Noster *Valdaura obs.116.n.68. & seq.*



CAPVT V.

Plura in materia Reconventionis.

SVMMARIVM.

1 *Papiniani sententia ad quæ pertineat.*
2 *Novum Fabri commentum.*
3 *Quid in usu, Papiniani temporibus.*
4 *Quid Repetentes.*
4 *Quid Pragmatici.*
6 *Reconventio a principio opponenda.*
7 *Causa reconventionis potitur iisdem privilegijs, quibus causa conventionis.*
8 *Non ideo nulla sententia lata in conventione, quia omissa decidi causa reconventionis.*

1 Papiniani sententiam à *Iustiniano* telatã in *l.Papinianus 14.C.de sent. & inter locut.omnium judicum* pertinere non ad mutuas petitiones, sed ad actiones illas, quæ ex eodem negotio profectæ, quamvis intèr se diversæ in eodem Iudicio exercentur, jàm antè *Fabrum* observaverant nonnulli ex Antiquis inter quos *Albericus*, & *Neoterici* ferè omnes cum eorum Principe *Iacobo Cuiacio in comment.ad Nevellam 96.c.2.& cum Oberto Gifanio* eruditissimo Juris Consulto in comment. *ad Codicem ad d.l.Papinianus.*

2 Ergò id *Faber* novitèr commerus est, quod scilicet *Papiniani* hæc sententia noua sit, & penitùs antiquis incognita, quinimmò contrà juris Regulas, à Juris Consulto, æquitate suadente, introducta. Sed vereor ne, (ut passim solet) homo fallatur, aut nos fallat; quãdoquidèm si vetera judicia observes, invenies in ipsis judicem quidèm à Prætore datum, dicta formula, in una actione, non potuisse in alia, in qua nullam habebat jurisdictionem procedere: at si actio, vel eadem erat cum prima intentata, super qua formula data fuerat, & ipsa eadem à convento in actorem retorquebatur, vel saltèm ex eodẽ negotio proficiscebatur; tunc non adeò astrictus formula erat judex, ut procedere nequiret; & fanè si aliter diceremus sequeretur quod iudex datus super actione, non potuisset de exceptione cognoscere, quamvis exceptio inesset, ut in bonæ fidei judicijs, quod absurdum est asserere. Cæterum si credimus *Osualdo*, qui ad *Donellum* id notat *lib.17.cap.8.lit.L.* ubi, &

adversùs *Fabrum* diſputat, qooniàm ab ipſo principio litis coram Prętore,& actio ab actore,& mutua actio à convento propooebatut; oportuit ut ſupèr utraque formula conciperetur,ſicque ità veterum iudiciorum mos obſtabit potiùs *Fabro*,quàm aſſiſtet.

3 Utcunq;tamèn ſe res habeat,nemioem credo difficilè admiſſurum quod ab alijs adnotatum eſt,nempè *Papiniani* temporibus, quinimò,& anteà iàm telaxatū,nō parùm fuiſſe de reſtricta illa, & accurata formularum obſervatione,quæ, in primis Rerum Romanarum ſæculis,litigantes, & Iudices tenacitèr obſtrinxerat,ideòque facilitèr reconventionem admiſſam. Sed hæc ſatis ad rem, nàm qui alia velit,habet apud *Oſualdum*, & *Giſantum* ubi ſuprà,habet etiam in hac reconventionis materia tractatum perutilem, opera, & ſtudio *Theophili Giſeberti*, cui parem quinimò meliorem alterum addidit *Philippus Mareſca* eruditiſſimus Iuris Conſ. ſed aliquantulum ploſquam par eſt *Fabro* addictus, ut oſtēdunt quæ ſcribit *enarrat.3.num.*170. quando revera non adeò ipſe ad *Fabrum* compactus dignoſcitur,ut de ſe valeat dicere *Tractent Fabrilia* Fabri.

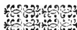
4 *Repetentes* autem ad hanc *l.Papin.*14.& ad *tex.in Auth.ſequentem C.de ſentent.& interlocut.Iud.* de Reconventione tractant,& in ea pro certo habent,non ſolum poſt *Inſtinianum* illi locum eſſe; ſed etiam antè fuiſſe,& in ipſis Iuris Conſultorum temporibus; & hinc aſſertionem illam, quòd intentanda ſit reconveotio coram eodem Iudice cooventionis, probatam dicunt in Iuris Conſultorum Reſponſis in *l.2.§.ſed ſi agant D.de judiciis*,& in ſimilibus apud *Sanfelicium deciſ.*184. *par.2. num.*12.

5 Aſſerunt qnoque Iudicem aliàs incompetentem competentem fieri in cauſa Reconventionis,de qua re *Franchis deciſ.*193.*& deciſ.*349.*& deciſ.* 376. & ad eum plura addentes,itèm *Lanfrancus Balbus deciſ.*64. *Cartarius deciſ.excent.3.nu.6.Vivius commun.opin. num.*682.aliique. Undè inferunt eumdem Iudicem eodem arbitrio ſibi in judicio conventionis conceſſo,uti poſſe in reconventione ex *Menochio de arbitr. lib.1. quaſt.*44. *& Rubino deciſ.*31.

6 At Reconventiooem opponendam à principio, ut pari paſſu cum conventione ambulet,atque ſimultaneo proceſſu eademque ſententia utraque dirimatur *Pragmatici* clamant poſt *Marantam in ſpeculo par.4.tit.an ſit iudicium conventio,&c.num.8.& ſeqq.* quamvis fateantur uſque ad concluſiooem in cauſa poſſe reconventionem fieri,quod idem *Maranta* docet ubi ſuprà *Henricus Boerius in ſuis ſingul.ver.reconventio*, & noſter *Franchus deciſ.* 376.& ſi alij poſt litem conteſtatam difficillimè admittant. Vide *Fichardum alleg.Syntagm.cap.*38. & *Gilmannum prajud. Camera* in verſ.*Reconventio* apud *Nevium* hic.

7 Rursùs eadèm privilegia habere cauſam reconventionis, quàm conventionis conſentiunt omnes cum *Cancerio lib.2. variarum cap.*13. *de reconventione*, *Menoch.de arbitr. qu.*44. *num.*7. patetque ex dictis à *Molignat. de reconven. qu.*4. qui alios citat Doctores *Giſberto de re convent. cap.* 4. *Farinacio deciſ.Rota Rom.1.tom. deciſ.*39. *num.*3. *Menoch.de arbit.quaſt.*44.*num.*7. *Barboſa in collect.in lib.decr.tit.*4. *cap.*1. *num.*9. licèt hoc quandoque limitandum omnes velint in caſibus, de quibus *Gloſſa in cap. diſpendia §. reus de Reſcript. cap. ſi Epiſcopus 6.quaſt.*4. *cap.*1. *ex.de confirmat.utilium, vel inutilium* concludentes, quod ſi à ſententia conventionis non appellatur, nèc à ſententia reconventionis appellari poterit *Giurba deciſ. Rota Sicilia* 3. alij apud *Aug.Barboſam de mutuis pet.tom.*1. *collect. cap.2.num.*6. & apud *Torum voto* 34. *num.ult.*& quod ſi principalis cauſa Summaria ſit reconventio etiam ſummaria erit *Lafredas deciſ.*60. alijque apud *Mareſcam de reconvent.enar.*3. *num.*153.*& enarrat.ult.*

8 Sed quamvis certum, quod pari paßu, & conventio, & reconventio procedaot, ut dictum eſt, & ſimultaneo proceſſu expediātur, ut docuère *Maranta diſt.6.n.9. Francus deciſ.*193.*num.*15. *& Carlevalius* qui alios refert in libris *de Judicijs tomo 2.lib.1.& 2.Galluppus par.2.cap.14.nu.8. Riccius collect.* 112. *& coll.* 1159. undè utramque inſimùl terminandam jubet textus in *l. neque C.de compenſat. & in cap.1. & ſeq.de mutuis petit.* quod adeò placuit *Thomingio deciſ.* 16. *Miſing.* 1. *obſer.* 10. & aliis apud *Barboſam ad cit. tit.de mutuis petit. collect. tomo* 1. *cap.2.num.*7. ut & ſi una liquida altera liquidanda ſuperſedeodum veliot, donèc otraque liquidetur; attamèn alijs placet, non ideò nullam ſententiā latam in conventione,quia omiſſa fuerit deciſio in cauſa reconventionis ut adnotavit *Giurba deciſ.ſupracit.* & *Anton. deciſ.Maceratenſe* 8.*lib.*2.ex quibus *Riccius par.5.collect.*1969.quamquam meliores,& rectè diſtinguant penès *Mareſcam enarr.*3.



CA-



CAPVT VI.

Quid novi fuerit à Iustiniano inductum in Reconventionibus.

SVMMARIVM.

1 *Quousque Iustinianus sententiam Papiniani produxit.*
2 *Quid Nostri.*
3 *In quibus casibus locus non sit reconventioni.*
4 *Non habet locum in spolio.*
5 *Non habet locum cum reconventio ex diverso fonte nascitur.*
6 *De iudicio petitorio, & possessorio, & de Clerico reconvento.*
7 *De iudicio summarissimo.*

1 PRoduxit quidem, & ampliavit *Iustinianus* sententiam *Papiniani* tùm in citata *Novella* 96.*de Reconventionibus*: tùm etiam data peculiari Constitutione in *l.Papin.*14. *C.de sent. & interlocut.* sed non eo usque produxit ut facultatem dederit Judici, ut possit reconventionis causam terminare, omissa principali, atque ità quamvis Reum neque condemnaverit, neque absolverit, in ipsum tamèn Actorem ex reconventione ferre sententiam, ut credit *Faber*,non enim illa Constitutionis verba,ut *liceat Judici contra Actorem ferre sententiam,& aliquid daturum eum, vel facturum pronunciare*, id important,nisi addas *non condemnato*, *neque absoluto reo*, quod ne addere possis,faciunt sequentia verba, *nulla ei opponenda exceptione*, *quod non competens Iudex agentis esse cognoscatur*, quæ satis declarant antecedentia, & quo sensu à *Iustiniano* fuerint prolata, aperiunt, & respondent ad quæsitum, quid novi induxerit *Iustinianus*; exprimunt enim induxisse, ut & si Judex incompetens fuerit, adhùc reconventio teneat,& possit ille actorem condemnare,ut *Interpretes* saltèm eruditiores, & intèr hos *Gifanius* advertère. Proinde dicemus quod cum *Papin.* fuerit loquutus de reconventione facta coram Judice competente ipsius Actoris, nam hunc videbatur potuisse ex dicta formula adhùc in reconventione procedere; *Iustinianus*,jàm formulis suo tempore à *Costantino* sublatis,& ab ipso funditus eversis,voluit ultrò procedere, & *Papiniani* sententiam protrahere etiam ad Judicem aliàs ipsius Actoris incompetentem, constituens ut reconventio coram hoc locum habeat,atq; ita æqualitas servavit inter eos; & hic *Iustinianea* Constitutionis sensus est simplex, & planus, neque opus per ambages, & tricas de eo differere cum *Osualdo*, aut *Larrea*, qui & transversim egère *Marescam in cit. tract.de reconvent.in* 1.*enarrat.*

2 Hinc omninò benè *Pragmatici* ferè omnes inter reconventionis maximos effectus, sivè ut ipsi vocant privilegia, reponunt, ut Iudicem aliàs incompetentem competentem faciat,de quo videas quæ allata à *Carlevalio de iudicijs tomo* 2.*lib.*1.*tit.*2.

3 Addunt tamèn ijdem in materia reconventionis esse aliquos casus exceptos, in quibus ei locus non sit, quos enumerat *Menochius* 2. *de arbitrarijs casu* 18. qui cum plures sint possunt tamèn(saltèm insigniores)ad duo sequentia capita teduci. Primum Caput,si causæ tales sint, ut in illis celeritas desideretur, quod *Romanus* notat *singul.*781. hinc reconventio non admittitur in judicio executivo saltèm ad impediendam executionem. *Cavalc. decis.*28. *de contractibus par.*2. Non in causis Summariis, *Balbus decis.* 179. non adversùs Apodixam sive Apocam bancariam,ejusq; recognitionem, *Avendanus de exequ.mandatis par.*2.*cap.*30. nèc adversùs liquidationem instrumenti *Reg. Merlinus lib.* 2. *discept.forensium cap.* 24. non in causis feudalibus coram Paribus Curiæ *Mising.cent.*1.*obser.*10.

4 Idipsum ex eadem Ratione obtinebit in causa spolij, nisi pro eadem spolii causa opponeretur reconventio, ut declarant *Natta cons.*155.*tomo* 1.& latiùs *Velasco consult. Lusitana* 88.& demùm in omnibus causis, in quibus officio Judicis proceditur, *Gallupus in Praxi par.*2.*cap.*14. *de Reconventione*, quibus addunt *Regnicolæ* causam, in qua agatur vigore Capitulorum Regni, ut adnotavit *Annasingul.*432.& ex eo *Riccius collect. par.* 1. *col.*112.

5 Secundum Caput,ad quod casus alij reducuntur, est,quando conventio non ab eodem fonte procederet. Et lanè si ei, qui nomine alieno agit, ut Curator, Administrator, vel Tutor, reconventio de Re, quæ ad ipsus nomine proprio spectat, opponeretur, reconventioni locus non erit,ut idem *Gallupus* ubi suprà *num.*14. decisum testatur, & fatentur *Pragmatici*, qui similes casus ostendunt; sed quid dicendum, si conventio criminalis foret, Reconventio Civilis, aut è contrà: Sanè si Iuris capita atteodamus, decisa Res erit ex *l.*2.*§.sed si agat D.de iudicijs, & ex l.rerum* 27. *D.de actione rerum amotarum*.Nam in his negativè responsum est, nisi quæ reconventio criminalis opponitur adversùs actionem civilem,ex eadem scriptura nascatur, ut evenit cum

cum adversùs agentem pro credito, vigore instrumenti opponitur, quod falsum instrumentum illud sit, & producens de crimine falsi Reus postulatur; si modo reconventio hæc dicenda est, nam & si asseveret noster *Tripani*, (post *Muscatell. Gl. Actor à num. 28. par. 3.*) in suo *Syntagm. forensi*, ego vel abnuo, vel dubito; At si nostrorum excutiamus commentarios, adhùc indecisa, & anceps remanet quæstio, un de videas *Carlevalium de judicijs lib. 1. tit. 2. disp. 6.* item *Decianum in Praxi Crim. lib. 2. tit. 16.* & *Medices de compensat. par. 2. quæst. 1.* apud quos cætera ad rem habes.

6 Præterea in ea facti specie de qua *Francus decis. 193.* cũ scil. Clericus intentavir iudiciũ possessorium coram Iudice Laico adversùs Laicũ, & recõvenitur in petitorio; posset dici quod cum possessorium iudicium celerem exquirat expeditionem non poterit in eo reconventio admitti, & tamen contrarium firmat ubi suprà *Francus*, undè videndi *Fontanella de pactis nuptialibus cl. 4. Glossa 13. par. 2. num. 16. Giurba decis. 41. Mastrillus 41.* aliiq; citati à *Lucain observat.*

7 Nàm non desunt plerique qui etiam in iudicio summarijssimo admittendam Reconventionem existiment, licèt in contrarium Regula sit, ut videre est apud *Amendolam ad Francum num. 18. Annam singul. 443. Postinm de manutenenda obser. 5. & Riccium collect. 117.*



CAPVT VII.

Ad l. qui non cogitur 22. D. de Iudicijs l. nulli 10. C. eodem.

SVMMARIVM.

1 *De eadem materia reconventionis.*
2 *Distinctio adhibenda.*
3 *Defenditur Faber adversùs Cafarum.*
4 *Respondetur obiectis.*
5 *Quid dicendum in laicis.*
6 *Explicatur Gaii Responsum.*
7 *In reconventione non potest opponi fori declinatoria.*
8 *Quid Pragmatici.*
9 *Actor an possit desistere à conventione in præiudicium reconventionis.*

1 Quia dicebamus in capite antecedenti, quod *Iustinianus*, *Papinianeæ* sententię illud addidit, ut & si Iudex incompetens fuerit, possit tamén in Reconventione procedere. Restat nùnc ut de qua incompetentia senserit, videamus, & *Faber* ait loquutum *Iustinianum* de incompetentia iurisdictionis, *Osualdus* verò in *Donello lib. 17. cap. 18.* à quo *Maresca de reconvent. cnarrat. 2. num. 92.* in adversum disputans asserit, quinimò de iudice incompetente ex causa iurisdictionis *Imp.* loqoutum esse, ostenderee pithetum *gloriosissimi* quod iudicibus pedaneis non convenit.

2 At ego in hac re paulò distinctiùs procedendum vellem, quoniã si de Clerico tractetur, quamvis sciam communitèr receptum, & usu etiàm forensi comprobatum, quod si Clericus Laicum coram Laico Judice coovenerit, poterit, à Convento coram eodem Laico Iudice reconveniri, modò non reconveniatur de causis spiritualibus, ut Nostri docent post *Marantam par. 4. dist. 6. num. 13. Trentacinquinm 2. resolut. tit. de mutuis petitionibus resolut. 1. num. 32. Vasquium contro versfusu frequent. cap. 5. nu. 18.* aliosque, adeò ut in controvertibile creditum dignoscatur ex *Affl. decis. 173. Capyc. decis. 18. Franco decis. 191. decis. 319. decis. 349. & decis. 376. Vivio decis. 49. Riccio collect. 2287. & Cafaro Peregr. quæst. lib. 1. que. 24.*; Attamèn sciu posse & nun malè ex ioris ratione fulciri sententiam illã, quæ Reconventionem in proposita specie non admittit, quam *Faber* hic tuetur,

3 iniuria à *Cafaro* ubi supra repræhensus, & verbis rantum, non rationibus impugnatus, dũ temeritatẽ *Fabri* alia temeritate ipse *Cafarus* reiecit, ut calcabat ille *Platonis* fastum, sed alio fastu; cum ramen hanc reconveotionem in proposito exclusissent longè aotè *Fabrum* alii post *Glossam in cap. 1. vers. super suis de mutuis petitionibus*, *Marianum Soccinum ibidem*, *Menochium de arbitr. lib. 1. cap. 44. Covarr. lib. 2. c. 18.* reliquosque quos habet *Barbosa in collect. ad d. c. 1.* Siquidèm cum Reconventio in præsumpta voluntate fundetur, in qua esse eũ, qui convenit, vult *Iustinianus* in hac *l. 14.* dùm ait (*cuius enim in agendo observat arbitrium eum, habere, & contrà se Iudicem non dedignetur*) Clerici non solùm non præsumpta sed neque expressa voluntate possunt Laicorum Magistratui se subiecere, quia Sacri Canones id vetarunt in *cap. si diligenti ex. de foro competenti*: Hinc quæ

4 *Riterspusius in comment. ad Novellas Iustiniani par. 9. cap. 17. ad d. Novellam 96. & Osualdus* in notatis ad *Donellum* ubi suprà, aliiq; comminiscuntur de servanda æqualitate, & prorogatione iurisdictionis facta à lege, non à consensu, corruũt funditus, quia hæc æqualitas non potest servari in re, de qua agimus, & lex non ex se ipsa sed ex consensu præsumpro reconventionem admittit, & iurisdictionem prorogat; Sed hæc satis pro nostro instituto, qui alia velet quærat apud Doctores, præci-

puè

puè apud *Reg. Marcianum tomo 2. c. 73*.

5 At non sic scrupulosè de laicis tractãdum crederem; horum enim si quis cõveniat alterũ coràm uno Iudice, & viceversâ à convento coram eodem judice reconveniatur, poterit damnari, vel absolvi, & per consequens cogetur stare iudicio, quamvis alterius ipse sit jurisdictionis, undè reconventio, incompetentiam non solùm judicis, sed & jurisdictionis anferet, ut probatur *in l. qui nõ cogitur 22. D. de judicijs*, ibi, *qui non cogitur, in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi aggecogitur excipere actiones, & ad eundem iudicem mitti*. Neque obstat quod *Faber* respondet *Paulum* nempè non tractare de illo, qui vocatus sit ex aliena, & incompetenti jurisdictione, sed de illo, qui propter aliquod proprium privilegium poterat habere Fori præscriptionem, ut puta ex causa militiæ, vel dignitatis; nàm commentum hoc facilè ex eiusdem J. Consulti verbis perpensis diluitur, etenim qui ob propriũ privilegium fori habet præscriptionem, eiusdem Inci est, & ex privilegio non cogitur iudicium accipere; at *Paulus* loquitur de eo, qui alterius est loci, ideft alterius *Territorij*, ut nostri loquuntur, ergo loquitur de eo qui est alterius jurisdictionis, & ob id non cogebatur eo in loco, ubi egit judicium accipere.

6 Pertinet etiam ad hoc ipsum quod dicimus *Gaius* in *l. si idem 11. §. 1. D. de jurisdictione*; nam ab ipso intelligimus, quòd quãvis disparatæ fuerint jurisdictiones in proposita apud eũ specie, & Iudex unus ad certam qnantitatem dumtaxat usque posset cognoscere; ideòque cum maior quantitas erat nullam haberet iurisdictionẽ, & prorsùs incõpetens foret; adhuc tamen hęc incompetentia per reconventionem tollitur, atque ita reconventio jurisdictionem prorogat. Facit, & tertiò textus in *l. 1. §. fin. D. de extraord. cognitionibus* in quo, dum ait *Vlpianus* in mutuis petitionibus eosdem Præsides posse cognoscere, indicat, quod multò magis in reconventione id ipsum fuisset admissurus, ex rationibus in antecedenti capite propositis. Nec potes dicere *Vlpiani* Responsum recipiendum, modò uterque litigans eiusdem Provinciæ, & fori sint; nàm ut rectè *Osualdus* citato loco advertit, ex huiusmodi expositione Responsum dubium, & Juris Consulto indignum redderetur. Cæterum quod attinet ad tex. in *l. nulli 10. C. de iudicijs* fatemur illud ad incompetentiam ex privilegio perti-

7 nere, & fatemut quoq; *Repetentes* omnes post *Baldum, & Bartolum ad d. l. qui non cogitur*, & ad *l. si convenerit 2. §. sed si agant eod. tit. de indicijs* unanimitèr tradere quod ubi quis agit cogitur sè defendere, quod & *Pragmatici* recipiunt in quorum omniũ ore vulgata Regula, quod quis quandoq; invitus, se defendere cogitur, de qua in *tractatu Regularum in vers. defendere*.

8 Pari modo Reconventio Clericorum coram laicis, & Laicorum; coram Ecclesiasticis Judicibus, protrita res est apud *Pragmaticos* ex *Afflicto dec. 174. & Franco dec. 193. Carlevalio* ubi suprà *Jannensi, Maranta, Campanilio* item ex *Theophilo Gysiberto in tractatu de Reconventione cap. 11.* & similibus, undè illud solum monendum restat, ut quæ reconventio fit de Clerico coram Iudice Laicen, vel de Laico coràm Iudice Ecclesiastico, admittatur dũtaxat in proprijs terminis veræ reconventionis.

9 Denique & illud cnnstat, quod quamvis, qui egit, nnn possit desistere à conventione, ut reconventionem effugiat, ut exponit *Maranta in speculo tit. an sit jud. convent. & reconvent. num. 17. & 55. & Menochius de arbitr. lib. 1. q. 44. n. 1.* attamen in Clerico videretur aliud dicendum, si liti renunciare velit antè reconventionem *Francus dec. 349. & 376.* vide etiam *Afflictum* in citata *decis. 173. & Balbum dec. 64.*



CAPVT VIII.

Dè reconventione in actionibus in rem.

SVMMARIVM.

1 *Plures causa in quibus non locus reconventioni.*
2 *Quid in realibus actionibus.*
3 *Obiectio Fabri.*
4 *Occurritur.*
5 *Replicat Faber.*
6 *Respondetur.*
7 *Quid Pragmatici.*
8 *Prelato agenti nomine Ecclesiæ non potest opponi reconventio de proprio negotio.*
9 *In executivis non admittitur reconventio.*

1 PLures sunt causæ, in qnibus reconventioni locum nõ esse fatentur *Interpretes* nostri, quamvis Regulam stare velint, quod reconvẽtio in omnibus locum habeat, nisi specialitèr fuerit prohibita. Si quis has causas collectas velit, adeat præ cæteris *Gisanium ad l. Papinianus 14. C. de sentent. & interlocutorijs, Rittersusium ad d. Novellam 36. Trentlerum volum. 1. disp. 25. Thesi 13. ibique Bachoviũ*, & ex *Pragmaticis* præsertim *Marantam*

tam d.distinct. 6. & huic similes.

2 Verùm an in realibus actionibus sit reconventioni locus, indistinctè responderi nō potest, nàm malè universalitèr concedetur ut quidā dicunt, malè cum *Fabro* universalitèr negabitur; sicq; dicendū quod in casibus aliquibus locus erit reconventioni, in aliquibus non item, quos apud citatos DD. invenies.

3 Sed opponit *Faber* hic, pugnare qui affirmant cum aperta juris ratione, nam in realibus actionibus res convenitur, quæ reconveniri nequit: & possessor si conveniatur, quia volontarius possessor est, & spontè periculum subit, subvectione, & facultate reconveniendi indignus est.

4 At occurrit *Osualdus* in notatis in citato *lib.17.c.18.lit.O.* & quidèm disertissimè, scribens quod res conveniatur in actionibus realibus, id quidèm arguté dici, cum revera possessor potiùs ratione rei conveniatur, neque hic ideò voluntarié se periculo subjicit, quod non potiùs cedere malit, ad *l.ult.D.de rei vindicat.* nàm ità & is, qui personali actione convenitur, voluntarius etiam dicendus esset; quoniam cedere noluit priusquàm litigare.

5 Pergit *Faber*, & ait neque *Papinianum*, neque *Justinianum* huiusmodi reconventiones in actionibus realibus admisisse; quoniam *Papinianus* loquitur in negotijs, idest in obligationibus personalibus, tractās de obnoxio, scilicet eo, qui personalitèr fuerat obligatus; *Justinian.* verò dum permittit intrà viginti dies actori, judicem recusare, quem elegerat, satis indicat de actionibus realibus non tractare; quoniàm in his quia Iudex ratione rei sitæ sortitur non possit recusari.

6 Respondetur primò, quod verba apud *Papinianum in omni negotio* judicia realia etiàm comprehendere possunt; nàm pro omni lite, & quacunque causa sumenda *l.3.C.de in litem dando tutore l.3.C.de fructibus, & litium expensis l.3.C. de pedaneis judicibus.* Secundò Respondetur quod verbum *obnoxius* potest etiam explicari de eo, qui ratione rei, quam possidet, obnoxius judicio est: & proindè etiā illud complecti. Tertiò Respondetur quod quamvis demus *Justinianum* dum de recusatione loquebatur, de actionibus personalibus locutum fuisse; attamen non ideò sequitur alijs in locis de realibus non tractasse; tractavit enim de his in *hac l.14.* ubi generalitèr *Papiniani* sententiam probavit, & auxit; tractavit, & alijs in locis in *Novella* citatā, itaque poterit non obstante hac *Fabriana* coniectura, saltem aliquando in actionibus realibus reconventio admitti, & ad hoc probandū faciunt, non solum quę *M. Linklama, Corasius; Geddens*, & reliqui, sed quæ latius differuntur apud *Marescam* in citato *tract. de reconvent. enarrat.* 5.

7 At non solum in actionibus in rem, sed in omnibus causis reconventioni locum esse contendunt *Pragmatici* nostri, Regulam statuentes quod in omnibus actionibus etiam realibus admittenda reconventio sit, nisi iure speciali prohibeatur *Maranta in Speculo dist.6.n.35.* & post eum *Menochius 2.de arbitr.casu 184. Molignat. qu.137.* esse autem iure speciali prohibitam reconventionem in causis de quibus suprà meminimus pro certo habent.

8 Cæterùm duo adnotant, primum adeò verum, quod reconventio debeat ex eadem causa conventionis proficisci, ut supra diximus, quod Prælato agenti nomine Ecclesiæ non potest de eo, quod ipse proprio nomine debet, reconventio opponi, quinimmò neque agenti pro censibus decursis, aut fructibus Præbendæ, & si sibi applicatis, & proprijs effectis de praxi *Galluppus* testatur *dicta par. 2. cap.14. num.12.* & ex eo *Torus in compendio p.2. vers.reconventio.* Secundum, adeò verum, quod in causis executivis reconventio non admittitur (quicquid alij somnient) ut ne ad jurisdictionem quidem prorogandā admitti contendant meliores cum *Sanfelicio par.2.dec.284.* Verum an in omnibus causis summarijs reconventio admittatur anceps controversia est, negant namque *Gabriel lib.6. com. opin. in ver. reconventio Fontanella dec.Cat.344.n.12. Macert.var. lib.2. resolut.36. Avendano de exeq.mand. lib.2. c.30. n.6. Menoch.de adipisc.rem.4.n.49.* alijque. in adversum affirmant moti ex tex.in *l.1. D. de damno infecto Peregr. dec.142. Mattias Stephanus lib.3.de jurisd par.2.cap.12.Berlichius concl.22.n.31.Cancer.dec.13.nu.50.Fornerius p.1.obser.c.4.* & horum sequaces; distinguunt vero aliter atque aliter *Misin. obser.4.num.3 cent.3.Osnaldus in Donello lib.28.c.6.num.10 & lib.17.c.18.lit.H.* item *Reg.Cons. Hodierna ad Surdum dec.76.nu.24. Molignet.de reconvent.q.44.* & similes vide *Marescam* in citato *tract. enarrat.* 5.



CAPVT IX.

Quædam de actionibus in rem.

SVMMARIVM.

1 *Prima Fabri assertio parum vera.*
2 *Item & falsa secunda assertio videtur de re conventa.*
3 *Nec vera tertia assertio de foro rei sita universaliter.*

4 De

4 *De quarta etiam dubitatur.*
5 *Quid nostri.*
6 *Conditio ex lege inter actiones adnumeratur.*
7 *Qui actionem personalem habet, quandoque rem persequitur.*

QUÆ de actionibus in rem proponit *Faber* in hoc capite, an vera sint lubet investigare.

1 Et primò, quod ait in actionibus in rem agi adversùs eum, qui nullo modo sit obligatus, vereor, ne non falsum sit; nàm vel ex eo quod is qui se vindicanti opponit dominum se facit, obligatur in eo casu, quòd talem non esse constiterit ad restituendum. ut enim disertè docet *Vlpianus* in *l. 1. D. de oblig. & act.* obligationes non solùm ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, sed ex proprio quodam iure, & varijs causarum figuris. Et sanè cum ex lege quē obligari constet, poterit etiam dici, hoc modo obligatū eum, quē actione reali convenitur. *l. obligamur 52. D. eod. de act. & oblig.* hinc *Iustinianus in §. omnium instit. de act.* dixit quidèm, intentari reales actiones *contra eum, qui nullo iure sit obligatus*, sed non dixit *intentari contra eum, qui nullo modo*, (ut *Faber* hic asseverat) non videns quam longè aliud sit nullo iure, à nullo modo, ut benè observavit *Linklama membranarum 4. Ecloga 7.* quo in loco nervosè advetsùs *Fabrum* disputat.

2 Secundò falsum quoque videtur, quod totiès inculcat idem *Faber* in realibus actionibus rem ipsam ream esse, & conveniri, nàm quinimmò possessorem reum esse, & conveniri disertè scriptum in *l. actionum 25. D. eod. tit. de actionibus, & oblig.* in illis verbis, & *sempèr adversarius est qui rem possidet.* Undè possessorem non solùm conventum, sed invitum, & reluctantem in ius trahi observat *Linklama* ubi suprà.

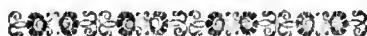
3 Tertiò neq; verùm universalitèr sempèr Forum Rei esse attendendum, & si sæpissimè ità contingat, quoniàm Ratione Rei convenitur, & executio in re ipsa facienda est: Etenim quandoque Forus ipsius possessoris attenditur, ut videre est in plerisque iuris locis, in quibus etiam de actionibus realibus sermo est, scil, in *l. 2. C. ubi, & apud quem l. 2. C. de sententijs l. 2. C. de iurisdictione omnium Iudicum l. 19. §. fin. D. de iudicijs l. domicilium D. ad municipale.*

4 Denique & falsum est etiàm, quòd tàm perfricta fronte asserit *Faber*, nempè actionis definitionem traditam in *l. nihil aliud 51. D. de act. & oblig.* non convenire actioni in rem, quandoquidè verbum illud *persequendi*, quod latiùs patet, quàm verbum agere, aut petere, apertissimè comprehendit tùm actionem in rem, tùm in personam; in utraq; enim persequitur in iudicio quis id quod sibi dari inrèdit, aut ratione contractus, aut ratione dominij; unde perbellè convenit, utrique ut latiùs explicant qui *§. actiones instit. de act.* commentantur, & *Linklama* ubi suprà *in cap. 8.*

5 Ar de divisione actionum in reales, & personales, & de actione mixtà *Interpretes* vulgares sequuti doctrinam *Jasonis in §. omnium instit. de actionibus*, cum illo ratiocinantur, sicuti, & *Pragmatici* qui agnoscentes diversitatem inter actionem in rem, & in personam conceptam, asseverant actionem in rem transire etiàm contrà singularem successorem, non item actionem in personam, ex *Afflicto decis. 95. Franc. Marco qu. 372. Capicio decis. 162. num. 7. Cravetta cons. 298.* & similibus. Agnoscunt quoque actionem realem rem sempèr sequi, eiusve possessorem, non item personalem, nisi aliquibus in casibus, de quibus meminit *Papa qu. 576. Afflictus decis. 162.* ubi Addentes.

6 Cæterùm condictionem ex lege adnumerandam esse inter actiones personales jàm suprà diximus, & ideò spatio triginta annorum durare fatemur eum *Afflicto decis. 130.*

7 Sed solere quandoque eum qui actionem personalem habet, & rem persequi, aut pretium ipsius, adnotavit *Bartolus*, idq; in subsidium, ut idem explicat in *l. 3. C. de rei vindic.* Hinc si creditor adsit, qui vel eò quia hypothecam non habet, vel eo quia assensum non impetravit, agere super feudo non possit, teceptū apud Nostros est, ut personali actione experiatur adversùs possessorem feudi, cogatque illum ad vendendum *Francus decis. 704.* sed si non obstante, quòd Iudex ità fieri mandet, quinimmò & per capturam personæ cogat, nolit feudatarius vendere, tùnc non posse, ulteriùs procedi, nisi alij creditores adsint hypothecarij, & cum illo pro venditione urgeant, defendit *Reg. Marcianus disput. 27. tomo 1.*



CAPVT X.

De actionibus mixtis in rem, & in personam ad §. quædam actiones, instit. de actionibus.

SVMMARIVM.

1 *An sint actiones mixtæ vetus quæstio.*
2 *Faber negat.*
3 *Sed contra.*

4 *Fabri fundamentum.*
5 *Subvertitur.*
6 *Iterum de hac re.*
7 *Confirmatur nostra sententia, exposito Vlpiani textu.*
8 *Insignis Fabri error.*
9 *Faber adversùs seipsum ratiocinatur.*
10 *Quid Pragmatici.*
11 *De annua præstatione sine causa, & fine.*
12 *De annua præstatione diminutè facta.*

1 VEtus est hæc quæstio, an sint aliquæ actiones mixtæ in rem scil. & in personam. Communior sententia negativa est; nàm in ea non solùm sunt ex recentioribus plerique, intèr quos emicat *Hugo Donellus in comment. ad tit. de actionibus §. quædam.* Sed ex antiquis nonnulli, præcipuè *Iason ad tit. de actionibus in d. §. quædam*, ubi impossibile esse scripsit, ut una actio origine sit personalis, & realis.

2 Hos *Faber* sequutus contendit hic nullas esse huiusmodi actiones mixtas in hoc sensu, ut in rem sint, & in personam, sed videamus quibus moveatur. Et movetur primò, quod *Iustinianus* distinxerit actiones in princ. hujus tit. tantummodò in reales, & personales.
4 At si daretur tertium genus manca esset divisio, ergo; sed hæc prima oppositio, levissima est, & à vulgaribus *Interpretibus* in comment. ad §. 1. *instit. de actionib.* allata, ab eisdem facili negotio soluta dicendo quod mixtæ hæ actiones non tertium genus constituunt; sed sub generibus allatis continentur, sicut aliàs in iure solet, sub simplici mixtum contineri. Addit *Osualdus*, & acutè in notatis *comment. 19. cap. 2. lit. S.* advertendum esse, quod non sic loquutus sit *Iustinianus actiones, aut in rem sunt tantùm, aut in personam tantū*, quomodò oportebat, ad hoc ut curreret proposita objectio; sed simpliciter dixit, *aut in rē sunt, aut in personam*. Itèm quod cum hic totus actionum titulus, tanquàm una lex sit de actionibus loquens; dum deindè *Iustinianus* idem, tertium membrum addit de actionibus mixtis, incivile facit, qui principio tantùm huius tituli prospecto, reliquum negligit *l. incivile D. de legibus.*

5 Movetur secūdò *Faber*, quod cum fieri nequeat, ut quis eodē tempore sit obligatus, & nō obligatus, fieri nequit, ut actione in rē, non obligatus, & eadē actione in personā obligatus, simùl, & semèl dicatur; sed huic oppositioni, & similibus, prompta Responsio est, & ab *Osualdo* ubi suprà, & *Bachovio in notis ad Treutlerum disput. 19. Thesi prima lit. B. volum. 1.* allata, nempè nullam esse contradictionem, quoniàm mixtæ actiones, neque in rem, neque in personam sunt, sed ità dicuntur esse, eo quod in rem, & in personam intentantur pro rebus, & pro fructuum perceptionibus repetendis, atq; ità, respectu rerum sūt reales: respectu fructuū, & expensarum personales, sed quia ad diversa diriguntur nulla implicat contrarietas, vide eundem *Bachovium* tractatu *de actionibus disput. 2. Thesi 7.*

6 Addo ego, quod dum *Faber* supponit actiones reales intentari adversùs eum, qui nullo modo sit obligatus, & hinc colligit contradictionem, vitiosa utitur argumentatione, nam suppositio falsa est, etenim ut in antecedentibus diximus, is, qui reali actione convenitur, obligatus quoque est, siquidem & si nullo iure obligatus dici soleat quia non ex contractu, aut ex maleficio obligatur; Attamèn quoniàm alijs modis, & ex varijs causarum figuris obligari quis potest, obligatus revera est, & proindè si mixta actione conveniatur, non eodem tempore obligatus, & non obligatus dicetur, sed obligatus, & obligatus, uno, & alio modo: primo, quo rem debet, secundo quo fructus, & præstationes. Hinc corruit quòd de persecutionibus subijcit *Faber*, nempè illas aut in rem esse, aut in personam rei persequendæ gratia, nàm nos hoc ultrò concedentes dicimus, respectu diversarum rerum, esse unam actionem, quæ duplicem persecutionem contineat, & in rem, & in personam rei causa, natam ex duplici origine, & duplici actoris intentione.

7 Sed ad quid argumentis certamus, dum expressum tex. *Vlpiani* habemus? Is enim de actionibus mixtis, eo modo, quo nos exposuimus agens, ait apertissimè *quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam*, quid his apertiùs? & tamē reclamat *Faber*, & ait verba *tam in rem, quam in personam* ex inepta *Glossa* irrepsisse in textum. Nugæ familiares huic homini. Sed quis illas admittet, contrà omnium Codicum fidem, & contrà Græcam *Theophili* paraphrasim, an *Theophilum* quoque ineptus ille Glossator corrupit? Sed replicat *Faber*, nisi dispūgas illa non rectè quæ sequuntur verba, adaptari ad antecedentia, nàm præseferunt exēpla actionum familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quę actiones omnes personales sunt, non reales, ne ex parte quidem, cùm adjudicatio in ipsis fiat ut rem actoris faciat, non ut rem actoris esse declaretur. Mala certè replicatio, quoniàm subiecta exempla benè ad antecedentia se habent, quandoquidem in familiæ erciscundæ judicio, sicut in communi dividūdo, qui agit primò suam partem in re communi sibi vindicat, & uti suam, atque ità ex hac parte adiudicationem obtinet, eodem modo, aut saltem simili modo, quo obtinetur in Realibus actionibus; secundò quoniàm & præstationes etiàm persequitur, à socio proptèr

id

id actio, quæ realis foret, redditur mixta.

8 Sed age, & insigniorem *Fabri* lapsum ostẽdamus, ipse cõvenit in præsenti, ut sub *n.* 11. pronunciet, petitionem hæreditatis, actionẽ ad exhibendum, & quod metus causa merè personales actiones esse, & nulla ex parte reales, quanquàm fuerint in rem scriptæ.

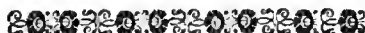
Et hoc quam male dicatur dignoscitur ex his juris locis, in quibus scriptum *petitionem hæreditatis actionem in rem esse*, cuiusmodi est *l. sin autem 27. §. sed & is D. de rei vindicatione l. actio 28. D. de oblig. & act. l. 25. §. petitio 18. l. si quid possessor 31. D. de petitione hæreditatis*, itemque ex eo, quod ipsa petitionis hæreditatis formula, in rem eã esse actionem ostẽdit; nàm petitio ipsa ad reales actiones pertinet, ut advertit *Brissonius de formulis lib. 5. Cuiacius 7. obser. cap. 26. & alij*, & qui petit hæreditatem, suam eam esse dicit, quæ omnia adeò moverunt *Trentlerum, ut vol. 1. disp. 14. Thesi 2.* in contrarium errorem eeciderit, & hæreditatis petitionem omninò realem esse contenderit, quod & pleriqoe ab eo citati credidère. Cæterùm media via tenenda, & nèc cum *Fabro* personalem esse, oèc cum *Trentlero* realem; sed cum Juris Coosultis, & Imperatoribus mixtam esse actiooem dicendùm est; quoniam ut disertè *Vlpianus* respondet in *d. l. 25. §. 18.* petitio hæreditatis, & si in rem actio sit, habet tamè præstationes quasdam personales, *ut putà eas, quæ à debitoribus sunt exacta, item pretiorum.* hinc rectissimè *Dioclet. & Maximil. in l. hæreditatis 7. C. de petitione hæreditatis* (ad quam omninò videndus *Baldus*) Rescribunt *mixtam esse* hanc actionem, quod ut effugiat *Faber* miserè se contorquet hic à *n.* 12.

9 Qui postea sub *n.* 13. dum quare in rẽ scriptę actiones vocentur, petitio hæreditatis, ad exhibendum actio, & actio quod metus causa, explicare nititur adversùs seipsum ratiocinatur; nàm contendens non esse omninò reales, ut est rei vindicatio, fatetur etiam quãquam invitus non esse omninò personales, & confitetur, quod in ipsarum coocipienda formula, rei fiebat mentio, & verba usurpabantur à Prætore quæ solita in actione in rem directa usurpari, ex hoc verò concludit mixtas esse has actiones, & post longam disputationem seipsum prodit, & invitus, quod multis verbis negaverat confitetur.

10 Sed mixtas actiones *Pragmaticos* admittere iam supradiximus cũ *Maranta in spec. p. 4. tit. an sit iudicium civile, vel criminale dist. 3.* undè in his oon immorandum. Sed adnotandum primò, quod iudicium illud adeò frequens apud Neapolitanos Forenses, quod *assistentia* judicium appellant, posset mixtum dici quia remedia varia continet, ut apud *Rovitum in comment. ad pragmat. sanct.* post *Afflictũ dec. 385. Capyc. dec. 51. & Tesaurum dec. 38.* videre est. Adnotandum secundò solere etiàm eos qui versantur in foro hoc eodem vocabulo paulo latius uti, & eas quoque actiones mixtas appellare quæ ex delictis quę mixti fori sunt, nascũtur, sumpta videlicet denominatione ab eo quod in illis, coram seculari, & coram Ecclesiastico Iudice agi possit, quod in crimine adulterij de communi sententia asseverat *Tesaurus decis. 147.* à quo, post *Sanchez de matr. lib. 10. disp. 8. n. 15.* & *Carolum Antonium Tesaurũ de pænis Ecclesiasticis per ver. adulterium c. 1.* distinctionẽ illam, quod si pro adulterio perpetrato agatur ad divortium faciendum, cognitio sit merè Ecclesiastica, Si ad pœnam sanguinis sit merè laicalis, optimè firmat in suis perutilibus Additionibus ad *Nonnulla Comm. Bullar. Ioannis Antonij Novarij*, *Abbas Michael Iustinianus Patritius Ianuensis* ex Chij Dynastis, Vir Nobilitate, & Eruditione præclarissimus, ac multitudine opusculorum editorum, & edendorum, non solum de Re litterariam, sed de omni hominum ordine præsertim de Principibus Ecclesiasticis, & Secularibus optimè meritus; sunt etiam qui mixti fori crimen existimant violatio dierum festorum ideoque, & ab Ecclesiastico, & seculari Iudice puoibilis, ut non solum ex *Scaccia, Bursato, & alijs*, sed adducta *D. Pij Quinti* Pontificia Constitutione, egregie docet, ut reliqua omnia *Iul. Cartarius dec. crim. 20. à n. 170.* is nempè cuius filius *Carolus Cartarius* Advocatorũ Concistorialiũ Decanus, & Archivij Apost. molis Hadrianę prefectus, paterna, ac totius familiæ decota servat, & auget.

11 Rursùs quoniam de actionibus persooalibus, item de realibus, & mixtis sermo est, solet quæri, si quis ideo ad aliquid solvendum adigatur quoniam per decem annos soluit, sitque ea summa quæ soluenda est pro Canone alicuius Rei, hic inquam personali ne, aut reali, vel mixta actione conveniatur? Sed quia hic ideo ad solvendum adigitur quoniam præstationes, & adminicula adversùs ipsum præsumptionem faciunt quod cõtractus precesserit, ut aliàs diximus ex nostro *Iulio Capone Resp. 33. & Reg. de Marinis quotid. 1. cap. 102. Conf. Hodierna ad Surdum decis 10.* facilis Responsio erit ad quæsitum, nam actio talis, qualis contractus præsumptus. Cæterũ huiusmodi præsumptæ conventiones nunnovæ Pragmaticis, nam si annua præstatio in minori quantitate præstita sit, ea quæ præstãda fuerat per plures annos, præsupponẽdũ ita pactũ conventum fuisse inter partes affirmavit *Franciscus de Amicis in tit. de his qui feudum dare possunt, & R. Capyc. Latro decis. 27.* quanquam alij dicant non teneri debitorem

quoniam præscriptione tutus est in diminuta præstatione, ut *Rovitus* scripsetat ad *Pragmaticam sanctionem* 1. *de censibus n*.31. & novissimè *Consil. Rosa consult*.7.



CAPUT XI.

De Dominio bonitiario, & quiritiario, & de directo, & utili.

SUMMARIUM.

1 *Qui de hac re.*
2 *Faber adversus* Tribonianum *disputas.*
3 *Eius coniectura Calumnia est.*
4 *De distinctione inter dominium utile, & directum.*
5 *Subvertitur primum Fabri fundamentum.*
6 *Item, & secundum.*
7 *Item, & tertium.*
8 *Quid Faber adversus receptam sententiam.*
9 *Quid Nostri.*
10 *In rei vindicatione plura probanda.*

1 DE boniriario, & quiritiario dominio, plura Recentiores à quibus veræ differentiæ intèr utrumque, earumque explicationes petendæ sunt; nam & ab ipsis *Faber*. quod si quis summam omnium velit in paucis, adeat *Dion.Goth*. in notis ad Codicem *de nudo iure quiritum tollendo*, *Revardum variarũ* 2.c.13

2 Cæterùm quod ait idem *Faber* in hoc capite *num*.6. confusos, & malè à *Triboniano* in tit. Pandectarum *si ager vectigal* |&c. Agros vectigales cum emphiteuticarijs; qui incogniti Juris Consultis, calumniam sapit, sivè rem ipsam, sivè nomen atrendas; nam si rem ipsam inspicias, non solum Jutis Consultorum temporibus agros Civitatum sub vectigali; sed privatorum etiam datos invenies, sub lege annuæ pensionis præstandæ, sivè quod idem est in emphyteusim; si verò nomen quætas (nàm de hoc quæstionem facere *Faber* videtur, dùm agros vectigales cognitos, Juris Consultis fatetur, non autem emphyteuticarios *n*.6. in fine) adhùc nomen ipsum invenies apud Juris Consultos, & Imperarores ante Zenonem, Primo apud *Vlpianum in l. sed si pecunia tertia* §. *si ius* 4.*D. de rebus eorum*, ubi scripsit si jus ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν *habeat pupillus*, &c. secundò apud *Macrum* Juris Consultum nempè *Vlpiano* proximum *in l. sciendum* 15. §. *possessor D. qui satis dare coguntur*, nam is in dicto loco fundum vectigalem, (quem à privatis acceptum tempore Juris Consultorum fatetur *Faber*) emphyteuticarium appellat, Tertiò invenies hoc ipsum, apud *Constantinum in l*. 1. apud *Valentem*, & *Valentianum in l*.3. apud *Gratianum in l*.4. & *in l*.5. & *in l*.7. apud *Honorium*, & *Theodosium in l*.11. *Valentinianum in l*.12. *C. de fundis patrimonialibus lib*.11. qui omns Zenonem Imperatorem præcesserunt. Non ergò verum quod tàm securè pronunciet *Faber* hic *n*.7. his verbis *Primus Zeno Imp. fuit, qui contractum hunc emphyteuticum certo nomine & iure donavit*, quamvis verum sit quod ab ipso Zenone actio quædam, sivè conditio data fuerit, sed hoc non erat primò nomen, & jus dare sanè & ità dicere poteris *Iustinianum* primum Autorem eiusdem contractus fuisse, quia, & ille pleraque dedit, & novè in *l*.2. & 3.*C. de iure emphyteutico*.

4 Quod ait secundò sub *n*.11. commentitiá esse divisionem illam, quam Nostri faciunt in dominium utile, & directum, quamquam hæc à plerisque ex *Neotericis*: & ex Antiquis asserta, & tamen bonam distinctionem saltèm doctrinæ causa ijdem Antiqui, & recentiores magis communitèr affirmant, quorum nomenclatura apud *Osualdum in notatis* 9. *comment. cap*. 14. *lit. Q.* & *Joannem de Castillo quotid. controvers. de usufruct. cap*.75. *num*.24. sanè illud constat quod distinctio ipsa ex his, quæ *Faber* hic affert, nullum patitur præiudicium.

5 Siquidem primum *Fabri* fundamentum, quod est in *l. si finita lis* §. *si de vectigalibus* 76. *D. de damno infecto* debile admodum est; quoniam in dicto tex. non ponitur (ut oportebat si procederet *Fabri* ratiocinatio) conventum eum, qui ædes vectigales acceperat, quique dominus utilis ab *Interpretib*. diceretur, sed dicitur *possessor iussus cavere*, & hic possessor potest quilibet alius esse. finge ædes sub vectigali cõcessas à Municipibus *Titio*, me à *Sempronio*, quem dominum credideram bona fide emptas possiderenon; nè ego conveniri possum? nõne poterit ut ego caveam iuberi? non ergò concludit ratiocinatio *Fabri*; & pari, vel maiori fiducia, id quod ab ipso gratis asseritur, ab *Interpretibus* negabitur.

6 Secundum *Fabri* fundamentum in *l. cum sponsus* 12. §. *in vectigalibus D. de public. in rem act*. æquè debile est, quod enim *Paulus* ait in 1. *par. in vectigalibus*, & *alijs prædijs, quæ usucapi non possunt*, si respectu eorum, qui prædia sub vectigali acceperant, dictum velis; verum quidem erit, at non ex eo concludetur non esse *Dominum* saltèm utilẽ *emphyteuticarium*; nàm quinimmò talem essè ex eo quod rem suam usucapere nequeat, probari poterit. Cæterùm quia respectu directi domini in mala fide est, nil mirum, & quod capere

re nō possit: at si hoc ipsum (uti dictum) etiā de bonæ fidei possessoribus accipiendum velis, oportebit te distinguere cum eodem Juris Consulto, bonæ fidei possessores à malæ fidei; nàm hi quoniàm in mala fide sunt (sciunt enim se emisse, aut accepisse ab eo, qui dumtaxàt dominus utilis fuerat) usucapere non possunt; dum non plus Juris acceptor, quàm dator habere potest. Hinc quòd non usucapiat nequaquam arguit venditorem non esse dominum utilem; sed venditorem ità dominum utilē fuisse, ut usucapere non posset. illi autem, idest bonæ fidei possessores quoniàm bona fide emerunt credentes plenè Dominum esse eum, qui utilis tantummodò erat, usucapient; ideòque publicianam habebunt, idque est, quod ait *Paulus, Publiciana competit, si fortè bona fide mihi tradita sunt.*

Prætereà & illud addendum est, quòd & si vectigales fundi usucapi non possint; possunt tamen longo tempore acquiri ex *d.l.finita 15.§.Jul.27.D.de damno infecto*, quàm tamen malè *Faber* ad easum suum restringeo damvult, quando ex alijs juribus constat oppositum, quæ si quis velit, apud *Interpretes* habet, & omnium rectissimè apud *Revardum variarum 1.cap.3.*

7 Tertium denique fundamentum ex eo deductum sub *num.23.* quòd vindicatio non detur ei, qui dominium hoc utile habet, detur contrà domino directo adversùs ipsum; etiàm facilè convellitur, nàm primum assumptum *Interpretes* negant, & utilem vindicationem, concedunt ut exemplum superficiarij à *Fabro* ipso allatum suadet. Secundum, & si admittant, dant tamèn exceptionem; de reliquo quod emphiteuta Dominus utilis dicatur, ostendit minùs habere, quàm plenè dominum, nàm si omnia haberet pleoè Dominus foret.

8 Sed cum tàm malè suam probet sententiam *Faber*, investigemus quæso, an saltèm rectè contrariam impugnet? & sanè cum *Interpretes* ad asserendam distinctionem, uti soleant *Papiniani* Responso in *l.si cum venditor 66. D. de evict.* Nàm in eo eum separetur *Publiciana* actio, & ea, quæ de fundo vectigali proposita est, à *Serviana*, & cum dicatur servianam, nonnisi nudam possessionem, avocare, non obscurè concluditur actionem de fundo vectigali avocare dominium, & hoc oonnisi utile dominium esse posse *Interpretes* asseverant. Insurgit *Faber* contrà à *num. 15.* & sic ratiocinatur, ut eōcedat plus esse in ea actione, quam habet is, qui fundum sub vectigali accepit, quàm sit in serviana; & quod publiciana hæc actio de fundo vectigali non nudam possessionem avocet sed plenam, coniūctam, scil. cum emolumento fructuum, quos petindè facit suos possessor, ac si verè Dominus esset, verum ex hujusmodi ratiocinatione nil aliud reipsa convincitur, quàm illud ipsum, quod *Interpretes*, asseverant; dum dicunt ideò hoc jus vocari dominium utile; quoniàm majus possessione est, non tamen vocari plenum; quoniàm minùs pleno dominio est.

9 Sed in actione in rem, quàm vindicationem *Pragmatici* appellant post *Repetentes*, illud primò probandum esse volunt, quod is, qui agit, Dominus sit, ut notavit *Afflictus decis.4. Ludovicus decis. Lucensi 65. Menochius de arbitr. lib.2. cap.42. Paulus Emilius decis.280.par.1. Boerius decis.42.num.15.* undè plures modos probandi dominium exhibent eum eodem *Afflicto decis.25. Capyc.decis.117. Cavalc.decis.23.nu.32.par.2. Raudensis de analogis c.24.nu.35. Papon.lib.8.tit.13. Aresto 3. & lib.9.tit.1.aresf.17.* nō tamèn probari illud per solum instrumentum contractus concludit *Franc. Marcus quæst.227. Rota Januensis decis.149. Cravetta consil.124.* item *157. & 293. & Paponius lib.8. Aresto 9.tit.6.* Nàm solùm instrumentum, neque probabit titulum, ut ait *Menochius cons.361. Cravetta cons. 57.* nisi titulus à Regia concessione descenderet, & privilegium illius concessionis instrumentum ipsum præseferret, ut idem *Cravetta cons.293.* monuit: Cæterùm si non publicum instrumentum, multò minùs simplex declaratio, ut *Paponius lib.8.tit.13. Aresto 3.* ait, dominium probabit.

10 Tandèm advertendum in rei vindicatione intentanda, plura probari oportere, de quibus *Cavalc.decis.23. num.31.* & libellum in ea formandum juxta stylum de quo anxiè *Practici* post *Marantam in Speculo tit. an sit judicium par.4.dist.3. & Abbatem in sua praxi* exquirunt.



CAPVT XII.

De servitutum per aditionem confusione ad l.in omnibus D. de servitutibus.

SVMMARIVM.

1 *Papinianus supponit quod non omnes servitutes aditione confundantur.*
2 *Faber contra disputat.*
3 *Sed ei occurritur.*
4 *Accursij sententia.*
5 *Fabri objectio.*
6 *Quæ potiùs pro Accursio concludit.*

7 Re-

7 *Resolvitur secunda Fabri oppositio.*
8 *Quid Nostri.*
9 *De Regula quod qualibet res præsumatur libera.*

1 DUM ita loquutum *Papinianum* apud *Paulum in l. in omnibus* 18. *D. de servitutibus* legimus *in omnibus servitutibus, quæ aditione confusæ sunt*: Nemo est, qui non intelligat *Papinianum* supponere, quòd non omnes servitutes aditione cōfundantur, hinc quæ nam illæ sint quæ cōfunduntur, & quando nondùm apud *Interpretes* cōstat. Cæterùm *Accursius*, quem ferè omnes antiqui, & ex *Neotericis* nonnulli cum *Dionysio Gothofredo*, sequuntur uno, & altero adducto exemplo id visus est explicasse; & primum fuit exemplū de fundo serviente à fundo hæredis testatore Titio sub conditione legato, nàm cum pendente conditione, hæres fundum servientem in dominio habeat, habet dominātem quoq; & tamèn non fit locus confusioni servitutis.

Exemplum secundum est, de legato fundi qui sit ipsiusmet hæredis: serviatque fundo testatoris, nàm quoniàm non priùs hæres debeat præstare legatum quàm sit hæres, sequitur, ut priùs dominiū fundi dominantis acquirat, quàm fundum servientem alteri præstet, atque ità, ut eveniat confusio.

2 At *Faber* in adversum à *n.7.* contendit differentiam esse in præsenti quæstione, non inter legata, pura, & legata conditionalia. Sed inter formulas legatorum, nempè intèr vindicationem, & damnationem; nàm ex his, ait ipse, descendit, ut quædam servitutes confundantur, quædam non.

3 Hæc autèm sententia quanquàm primâ facie ingeniosa videatur, habeatque non primum *Fabrum* Authorem, sed & *Broeum in comment. instit. de leg. §. sed olim num.* 3. & alios cum quibus inclinat *Castillo de usufructu cap.9. num.*27. penitùs introspecta, minùs vera apparebit, quippè tota fundatur in formularum differentijs; & tamē cum formulæ sublatæ primum à *Constantino* Magno patre, ut *Eusebius* in eius vita testatur, deinde à *Constante, Constantio, & Constantino* filijs, ut in *l.* 21. *C. de leg.* & *§. sed olim instit. de legatis*, ubi *Balduinus*, & Eruditiores omnes, & demùm ab ipso *Justiniano* sive à *Triboniano* in *l. unica C. com. de legatis*, quæ constitutio lata est post Cōnsulatum *Lampadij, & Orestis anno* 531. idest eo tempore, quo Digesta (cæpta componi anno 530. *Lampadio*, & *Oreste* Cōnsulibus) in actu componebantur, inverisimile prorsùs videtur, quod *Tribonianus*, qui huiusmodi differentias sublatas viderat, & ipse quoque penitùs substulerat: hanc adeò norabilem quæ in hac lege est, relinquere voluerit, præcipuè quando ut alibi diximus, & nunc repetimus, ne antiquatas, & obsoletas leges in Digestis poneret in mandatis à *Justiniano* habuerat in *Epist. de conceptione Digestorum*, quæ est *l.* 1. *C. de veteri jure enucleando ibi in §. sed si* 10. *Sed si qua leges in veteribus libris posita jam in disuetudinem abierunt vobis, nullo modo easdem ponere permittimus*. Ex hoc autem concluditur, non solùm, quod hodiè sublaris legatorum differentijs, non possit fieri confusioni locus, ut ipse *Faber* fatetur *num.*10. sed etiam quod cum iàm tempore compilationis Digestorum essent præfatæ differentiæ sublatæ, ne tùnc quidèm locus fuit confusioni servitutum, atque ità ut *Bartolus* loqui soler, hæc lex servirer de vento.

4 Sed demus *Fabro* admittendam esse inter legatorum formulas distinctionem, adhùc stare potest, *Accursiana* sententia, nam & legata conditionalia excludenda non sunt à generalib. *Papiniani* verbis, *in omnibus legatis* quidquid *Faber* ipse hic, & antè eum *Jo: Corasius in repetitione ad hanc legem* scripserit, qui eo venit, ut negaret absolutè, legatum rectà via trāsire in legatarium contra apertas Iuris Regulas in *l. a Titio*, & similibus *D. de furtis*. Nam esto per vindicationem legatum, sed sub cōditione foret, quia tamèn negari nō potest, quod pendente conditione rei legatæ dominium penès hæredem est, *l. fundus* 4. *D. si ususfructus petatur l. is, cui* 11. *§. si hæres D. quemadmodum servitus amittatur*: negari etiam non poterit, quod interim confusio fiat.

5 Quæ tamnèn in oppositum *Faber* movet *num.*6. quod scil. legatum conditionale, quādiù pendet conditio nè legatum quidèm sit *l. is, cui* 42. *D. de oblig. & act.* & quod de restitutione tractari non possit, nisi purificata demùm conditione, in quo casu habetur, ac si rectà via à testatoris morte dominium in legatarium trāsijsset *l. is, cui* 11. *§. heres D. quem-*
6 *admodum servitus amittatur*, potiùs pro *Accursio* concludunt quam ei opponantur: nàm quod pendente conditione nè legatum quidèm sit, id convincit, tantò magis verum, quod eo tempore hæres Dominus sit, & proindè rationem confusionis convalidat; quod autem purificata tandèm conditione fingatur, ac si rectà via à principio transijsset, verùm quidèm est, sed fictio non poterit facere, quin factum fuerit infectum, & quod sequuta cōfusio, sequuta nō fuerit; hine in eodem §. dū scribitur servitutem ab hærede impositam extingui, conceditur affuisse eam, & extitisse; Et proindè quia verùm extitisse fundum in dominio hæredis, verùm etiam confusas servitutes. Rursùs quia nùnc fingitur non extitisse, denuò servitus est imponenda. hæc autē confirmantur quoque *Ulpiani* à Responso in *l. & post* 12. *§. res, quæ* 2. *D. familia erciscunda,*

in

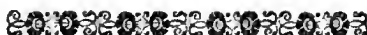
in quo rei sub conditione legatæ adiudicatio cum sua causa admittitur,itaût deindè purificata conditione, res ab adiudicatione eximatur; de qua re videndus *Cuiacius* ad hanc nostram *l.in omnibus.*

7 Denique cum adversùs secundum *Accursij* exemplum nil *Faber* opponat, illud admisisse credendum est, parumq; curandum de his, quæ dixerat *Joan Corasius*, nempè quod de eo explicare *Papinianum* sit divinare, quasi quod *Papiniani* propositio per modum generalis Regula proposita non esset & ideò ad plures species accomodanda, atque in pluribus casibus exemplificanda.

8 Sed ultrà hæc, quæ cũ *Fabro* dicta sunt, dicendum quoq;erit, duo veluti certa præferre in hac materia *Repetentes*, vnum quod aditione servitus confundatur, & extinguatur, alterum, quod restituta demum hæreditate, servitus confusa restituitur, ut *Bartolus in l.si ei cuius D. com. prædiorum* adnotavit. hinc si proponas à legatario debitam servitutem, eamq; per aditionem extinctam, imponẽda postmodum erit, ut voluerunt *Bald.* ad hanc *l. Papinianus* 18. *Bartolomeus Cepolla de servitutibus urban.præd.cap.*17. alijque apud *Nevium*; & hinc si fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, me hærede instituto, non aliter præstari legatum tibi debeo, quàm si pristinam servitutem recipias *l. legatum §. fundus, ubi DD. D. de leg.*1. uide *Tepatam sent.lib.*2. *tit.de servitutibus in genere*. hoc tamèn non habet locum in usufructu; nam huoc rei legatæ, retinere hæres non potest *l. si cum filius* 76.*§. Dominus D.de leg.*2. Cæterũ de servitute præstanda, vel ab hærede, vel à legatario *Pragmatici* tractant cum *Capycio dec.*187. & illud sumpta occasione iactant, quod si via fundo *Tity* legata sit, & legatarius id ignorans vendiderit fundum, cum eodem in emptorem servitus transibit *Mantua singul.* 410.

9 Addunt etiam quod licèt quælibet res libera præsumatur, secus est in ultima voluntate, ut apud *Capycium dec.*187. & tandem quod ait *Faber* de legato conditionali quod non debeatur nisi demum impleta conditione, id indistinctè recipiunt omnes, quorum in vicem nomenclaturæ, sufficiat hic allegasse, *D.Dominicum Diaz de Anx* qui instar plurium est in suo proficuo *Embammate legali Thema* 19. *circa finem.*





CAPVT XIII.

Ad §. æquè : vers. sanè instit. de actionibus.

SVMMARIVM.

1 *Faber disputat hic adversus Vultejum.*
2 *Quid Interpretes in hac re.*
3 *Fabri expositio de §. postremis verbis.*
4 *Sed minus recta.*
5 *Refellitur secunda Fabri oppositio.*
6 *Non tamen assentiendum Vulteio.*
7 *Verba (uno casu) quomodo exponenda.*
8 *Quid Interpretes.*
9 *Quid probabit agens actione negatoria.*

1 DE *Justiniani §. æquè instit. de actionibus* abomnibus ferè *Interpretibus* vexato agit hic pluribus *Faber*, & potissimùm adversùs *Hermannum Vulteium* doctissimum *instit. Interpretem* disputat, at quam benè, videant alij, & potissimùm illi qui tantum *Vulteio* deferunt, quantum nulli alteri ex *Interpretibus*. Nos antè omnia quid sibi velit *Justinianus* videamus. Et quidem quicquid expositores commenti sint, res posse paucis definiri credimus; si dicamus quod actiones cõfessoriæ sunt in hoc tractatu introductæ ad asserendas nobis debitas servitutes, negatoriæ autèm ad excludendas easdem. Cæterùm unam, & eandem servitutem confessoriam producere actionem, & negatoriam posse, idque una; simul exempli loco erit à Primò servitus ususfructus; in qua usufructuarius poterit agere actione confessoria intendens ius sibi esse fundo tuo, uti frui, & unà simùl actione negatoria, qua intendat ius non esse alteri eodem fundo uti frui : secundò servitus altiùs non tollendi, nam qui agit ius sibi esse altiùs ædes suas tollendi, confessoria servitute agit; nàm non solum altius tollere ius sibi intendit; sed altius tollere etiàm cum ędium eius cum quo agit offensione, & ultrà modum, (alioquin jure suo tolleret, non iure impositæ servitutis præscripto) atque ita cogit illum pati, cogit confiteri, se servitutem debere; Rursùs ipsemet agit negatoria; nàm intendit ità se nullam servitutem debere, aut intendit ius non esse adversario altius tollere ædes suas, easve æquales facere, sed debere inferiores habere.

Et sanè hoc esse quod *Justinianus* nos docuit, si quis singula verba perpendat, facilè intel-

2 intelliget. Verùm *Interpretes* in pluta diffusi, & variè discrepantes in eo potissimùm erraſſe videntur, quod putant eos, qui agunt pro servitute altius non tollendi, affirmare dumtaxat se posse altius ædes suas habere: nec vident negare etiam adversarium hoc ipsũ facere posse, & in cõtrarium qui pro negatoria agit, non solum negare se altius tollere non posse, sed & affirmare se posse; nimirum quia non eo ipso quod altius vicinus non potest tollere, neq; ad licitum usque modum poterit tollere, sed tunc hoc illi vetitum est, cum servitutem etiam cõstituerit, ut mihi altius meas ædes suis habere liceat.

3 At in postremis illis verbis huius §. *fanè uno casu* non parum omnes *Interpret.* torquentur ideo plura commenti sunt, ut in eorum Commentarijs videre est, & apud *Dion. Gothofred.* in notis hic, & *Hubertum Gifanum in disp. de act. servit. Thesi* 34. *& sequentibus*, qui ferè decem sententias super una hac re collegit, *Faber* autem circà illam *Hermanni Vultei* expositionem impugnat, vultque ideò respuendam; quoniam non benè *Justiniani* verbis quatrat, & plures casus afferat quaodo *Justinianus* unum esse dixerat, & rursus in allatis casibus is qui reus est nõ tàm dicitur actor, quàm actoris vice fungi, quod longè, ait ipse, diversum est.

4 Sed poterit pro *Vultejo* Responderi primò quod *Faber* ipse ultrò fatetur non unom, sed plures esse casus in quibus qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, ideoque *n.16 Ferretti* emendationem recipit vultqoe scribendum. *fanè non uno casu*, aut *fanè nec uno casu*, undè non sunt repræhendendi *Accursius, & Vulteius*, quod plures attulerint.

5 Secundò potest responderi quod obiectio illa quod in casibos ab *Accursio*, *& Vulteio* propositis possessor non tàm actor est, quàm actoris vice fungitur, non concludit adversus *Vulteium*, sed pro ipso; nam *Iustinianus* rõ scribit possessorem actorem esse, sed actoris partes obtinere, quod idem est, ac actoris vice fungi, hinc *Vulteius* hoc ipso argumento ad suam fundandam sententiam utebatur.

6 Sed quamvis hæc possint responderi, ego tamèn non facilè *Vulteio* assentiendum putarem, sicuti nèc ipsi *Fabro*, & potius corruptũ locum huius §. dicerẽm, & emendandum vellem cum *Eguinario Barone* ibidem *Iacobo Cujacio tract. 9. ad Africanum ad l. 15. de op. novi nũciat. Nicolao Cisnero, & Conrado Rittershusio in comment. instit.* legendumq; *fanè hoc uno casu*, itaût sermo sit de servitutibus ipsis, de quibus *Justinianus* tunc loquebatur; nam in his, qui agit, possidere solet *l. & si fortè* §. 1. *D. si servitus vindicetur l. penult. §. ult. D. si usufructus petatur*, quæ emendatio etiã ex *Theophili* institutionibus comprobatur, in Græco tamèn textu; nàm latinam *Curtij* translationem vitiosam esse ad hunc locum observarunt *Borcholten*, *Vinnius*, *& Fabrotus* viri eruditissimi, & doctissimi.

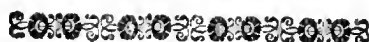
7 Denique illud admonere non desinã, quod utcunque lectio se habeat, malè faciunt qui à *Triboniano*, *Papinianeum* acumen exigentes, verba *uno casu* de una dumtaxat facti specie volunt penitus prolata, nèc vident illa, unum tractatum significare, non unam speciem, quando plures sub se unicus tractatus habere solet.

8 Sed hęc satis *Fabro*; Vulgo tamen recentiores in hoc §. *aeque* legunt adiuncta negatione *fanè non uno casu* cum *Ferretto*, & *Arnoldo Vinnio*, qui in comment. egregiè hunc §. explicat. Cæterùm *Repetentes* iam scripserant cum *Bartolo in l. 2. §. 2. & horum n. 3. de verb. oblig.* quod agens confessoria, vel negatoria actione, agit ad ius, ideòque patientia venit officio judicis. *Pragmatici* vero relicta disputatione, de litera textus tradunt quod possit servitus non solum vindicari per actionem confessoriam, vel negatoriam intentatã, Sed etiam per interdictum uti possidetis, & in hoc casu possessionis causa coniungetur cum proprietatis causa *Afflictus dec.* 155. & sequaces.

9 Rursùs volunt, quod agens actione negatoria contra illum, qui est in possessione servitutis, debeat probare rem esse liberam, id, quod an præsumendum sit, & an sufficiat negare ius esse adversario dominãdi, multis tractant *Guidon Papa q.* 28. alijque: undè anceps res, & disputata, sicut & illud an teneatur, qui eadem negatoria agit ante omnia probare se esse dominum rei, quam liberam dicit, nam sunt qui affirmant cum *Mising. observ. 19. cent. 1.* sunt qui negant, & quod possessorem se esse probet, sufficere existimant cũ *Natta cons. 70. tomo 1.* illud tamèn apud plerosque constat, quod quoties negatoria, aut confessoria agitur, qui in quasi possessione est manuteneri debet *Guidon Papa q.* 578. videas cætera ad rem penès *Tepatam sent. lib. 2. tit. de actione negat. & confessoria*, & apud *institutionum* Commentatores.



CA-



CAPVT XIV.

Asseritur Recepta lectio in varijs locis sub tit. Digestorum, quæ in fraudem Creditorum.

SVMMARIVM.

1 *Asseritur Recepta lectio in l.is qui 9. hoc tit.*
2 *Item in l. Prætor 4.*
3 *Item in §. si impubes ejusdem legis.*
4 *Item in l. pupillus 24.*
5 *Quid Nostri.*
6 *Secundo emptori non obstat dolus admissus à primo.*
7 *De debitore qui pretium solvit.*
8 *De actione revocatoria quæ competit creditoribus.*
9 *An si impubes se immiscuisset, competat Edictum de separationibus.*
10 *Si agitur adversus emptorem oportet probari illum fraudis participasse.*
11 *Solutum uni creditori per gratificationem, conferendum.*
12 *Fraus non præsumitur.*

1 FAber in hoc capite Receptam lectionem inquietat varijs in locis sub *tit. Digestorum, quæ in fraudem creditorum*. Investigemus quæso, an justè id faciat.

Et sanè primò non debuisse eum inquietare textum in *l. is, qui 9. sub hoc tit.* ex eo constat, quod Juris Consultus nequaquàm tractat speciem illam, in qua vili pretio proponatur res vendita bonæ fidei emptori, ab eo, qui mala fide emerat, & proindè non aliud esse in proposito *solidum pretium*, aliud *pretium quod acceperat*; sed tractat de illa, in qua justo pretio fuerat vendita res, ut non solùm verba ipsius Juris Consulti adstruunt, dùm simplicitèr venditam præseferunt, verùm & Ratio suadet; nàm si viliori pretio venditam tem fuisse ponas, utique non poteris ponere bona fide emptam, cum is, qui vili pretio emit, non tàm facilè in bona fide esse possit. Cæterùm hæc lectio *in solidum pretium, quod non accepit tenebitur*, inepta se ostẽdit, vel primo intuitu.

2 Secundò, quod ait *Faber in l. Prætor 10. §. si quid in fraudem* 10. dispungendam illam clausulam *(idem & in servo necessario)* Ratio nulla suadet, & nulla potuit ab ipso *Fabro* comminisci, præcipuè cum verùm sit, quod servo minori per beneficium sepatationis succurritur, ut ex *Vlpiano* in *l. 1. §. ult. D. de separationibus* fatetur ipsemet *Faber*. Sanè dum non solùm in hac *l. 10 §. sed si in fraudem*, sed & alibi servus minor hæres necessarius, cum filio solet conjungi, ut in *l. ait Prætor 7. §. sed si D. de minoribus*. Recepta lectio mutari non debet. Eo magis quod *Fabrianam* conjecturã omninò excludunt non solùm libri omnes, sed Græcorum Basilici, ubi *lib. 9. tit. 8. quæ in fraudem creditorum cap.* 10. §. 6. disertè eadem verba leguntur.

3 Præterea nil esse mutandum in *§. si impubes* in hac eadem *l. 10.* vel ex eo constat, quòd verba illa *(utriusque fraus erit revocanda)* sivè de pupillo, & patre ejus, ut tentavit exponere *Accursius*, sivè de pupillo, & tutore, ut explicant alij, accipias, semper optimum habebunt sensum, nàm sempèr cum pupilli, vel minoris fraude coniũcta est fraus Patris, tutoris, vel curatoris. Hinc quamvis dictum verbũ *utriusq;* de patre, & filio explices, adhùc quod sequitur rectè se habebit; nàm particula illa *vel*, & particula *itèm* coniunctivè ambo erunt positæ, certè Basilica Græcorum eadem verba habent, undè coniectura, de inepto *Interprete*, inepta est.

4 Tertiù insurgit *Faber* adversùs *Scevolam* in *l. pupillus 24. hoc tit.* & cum lex illa duas habeat partes disertè discretas, quarum in prima de pupillo tractatur, qui se abstinuit, postquàm uni ex creditoribus solvit. In secunda verò de creditore, qui à debitore suo, cuius bona proxima venditioni erant pecuniam receperat, ipse illas confundens, ex duabus, & si similibus, diversis tamèn, unam facit, utramq; in unam conflando, & cum deindè confusa omnia videat, à *Triboniano* corruptum textum clamat. At hoc nõ egisset si œconomiam legis servasset, & advertisset ad primam speciem Responderi à *Scevola* distinguendo utrum per gratificationem tutoris fuerit solutum creditori, an verò ab eo prudentèr exactum, cæteris negligentibus exactionem; & primo casu esse locum repetitioni, secundo non itèm concludere; id quod apertam habet rationem, nàm quo casu tutores gratificantes uni ex creditoribus, solvunt cum aliorum fraude id agere apertissimum est: at non ità cum quis sollicitus à tutoribus exegit, cæteris negligentibus. Ad secundam autèm speciem quam similem, non eandem diximus, si vidisset alia usum distinctione *Scevolam*, & aliud quam in prima conclusisse, nàm cum inspiciendum vellet, an ultrò, & spontè debitor obtulerit, an verò ab eo invito exactum sit, si priorem distinctionem sequutus foret, oporteret dixisse, quod si spontè obtulisset debitor, quoniam suspicio fraudis aderat, Revocationi esset locus. Et tamèn longè diversimodè dixit, & vice versa si ab invito exactum fuerit, revocationem in admittendo pro-

proclivis videtur, concludit tamē nō esse locū revocationi, quoniàm vigilantibus jus civile scriptum est, undè hæc ratio facit ut in hac secunda specie, neutro casu locus sit revocationi; & ut diversa hæc sit à prima, & proindè litera textus rectè se habeat.

5 Sed qui in Foro versantur, (ut solere eos totiès monuimus) de lectione textus parū solliciti sunt, undè ad hūc de quo agimus, adnotāt tantum quædam ad praxim circà ea, quæ fiūt in fraudem creditorum, edocti à *Bartolo*, *Albano*, *Fulgosio*, *Zasio*, *Ripa*, & similibus, itèm à *Jasone ad l. sed si quis D. si certum petatur*, & *Costa de ratione quæst.* 90. Verùm hos omnes relinquet qui unum leget eruditissimi *Petri Vanderani* libellum de *privil. cred.*

6 Sed ut & nos hic quædā etiàm adnotemus ad rem; Primò dicimus advertendum, quòd Nostri ex *l. qui à debitore* statuunt, quòd emptori secundo, qui fuit in bona fide non obest dolus à primo emptore commissus. Hinc & si pretium in universalibus loco rei succedat, non in particularibus: attamèn quandoque, & in particularibus quoque ratione doli, & in subsidium succedere voluerunt, ut *Bartolus*, & *Albanus*, post quos *Neguzant. de pignoribus in primo membro secunda partis num.* 57. & *Tiraquellus de retract. lignagier* §. 32. videndus quoque *Gaillus*, & similes.

7 Prætereà si à debitore quamvis sciente, & in mala fide, pretium fuerit secundo creditori, adeòque posteriori, & non primo, & anteriori solutum; si tamèn is, qui recepit pecuniam eam acceperit bona fide, non poterit revocari quod actum est, ut scribit *Capicius decis.* 78. & *Afflictus decis.* 190. Qui tamèn limitant propositionem prædictam, nisi privilegiatus prior creditor fuisset, ut *Fiscus*, qui revocat solutum à debitore fiscali, creditori posteriori *l.* 18. §. *fin. D. de Jure Fisci*, ubi *Doctores* communitèr. Denique si credimus *Hippolito singul.* 67. illud singulare erit, quod si filia à patre in fraudem creditorum dotem receperit, tenebitur restituere, ab eaque poterit illa avocari.

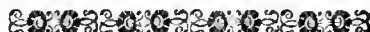
8 Secundò advertendum ad *l. ait Prætor* §. *si quis in fraudem*, quòd Revocatoria competit creditoribus, etiam contra filium, si eorum fraudandorum causa se hæreditati paternæ immisceuir, quatenùs tamèn fidem hæredis non sint sequuti, quòd non solùm Veteres, sed ex *Neotericis* omnium Princeps *Cujacius* declaravit *lib.* 7 *obser. cap. ult.*

9 Quod si impubes se immiscuerit, competere interdictum de separationibus constat ex §. *si impubes hac l.* 10. & *ex l.* 1. §. *item videamus D. de separationibus l. pater D. de re judicata*, & ex ibidèm notatis à *Gothofredo*; at si hæres non solùm immiscuerit, sed etiàm res alienaverit; etiàm contrà tertium, in quem res alienatæ agi posse, sunt qui velint, ex adductis ab *Ozasco decis.* 65. *nu.* 5. & *Hippolito singul.* 390.

10 Tertiò advertendum, quod plerique de actione hac Revocatoria agentes illud antè omnia adnotant, quòd si ea agatur adversùs emptorem, oportebit probare eum de fraude participasse, *Capicius decis.* 128. *nu.* 9. At contrà donatarium, quotiès donatio facta in fraudem præsumetur (quod quando evenit explicant *Bellamera conclus.* 175. *Magon. decis. Flor.* 76. *Guidon Papa qu.* 105. *Rolandus cons.* 58. *vol.* 2.) tūnc non solùm revocatoria agitur, sed quia adversus fraudatores, actione personali idèm *Guidon Papa ubi suprà*, & *Abbas cons.* 89. *par.* 2. *num.* 8.

11 Quartò ex *tex. in l. pupillus patri* 24. jactare solent, quod creditori uni solutum per gratificationem, aut per extorsionem conferendum est ab eo qui recepit cum alijs creditoribus, hinc adducto tex. in *d. l. pupillus patri* 24. & *Bart. Ripa ad l. fin. C. depositi*, *Alexandro cons.* 108. *volum.* 5. *Rom. cons.* 111. avocari solutum posse pro parte cæterorum, communitèr concludunt.

12 Tandèm adnotant, quod quamvis fraus, facti sit, adhùc tamèn præsumi solet ex quibusdam gestis, & adminiculis ut declarant post *Glossam*, & institutionum Commentatores in §. *in fraudem instit. quibus ex causis manumitt.* *Menochius cons.* 108. *vol.* 2. *nu.* 15. & *cons.* 334. *num.* 1. ideoq; ex conjecturis probatam fraudem invenies apud *Nattam cons.* 549. *Peguerum quæst. crimin.* 49. & similes.



CAPVT XV.

Ad l. ult. §. ult. D. eod. quæ in fraudem credit. l. ult. C. eodem.

SVMMARIVM.

1 *Retinetur recepta lectio in* §. *ult. D. quæ in fraudem credit. adversus Fabrianam conjecturam.*
2 *De Fabriana sententia ad l. fin. C. de revocandis his quæ in fraudem credit.*
3 *Quid Nostri in hac re.*
4 *De conjecturis, & præsumptionibus probantibus fraudem.*
5 *De eo qui fuit fraudis particeps.*

1 EX *capite* 5. *lib.* 12. *observat. Jacobi Cujacij* nonnullis de suo additis, caput hoc cōfarcinavit *Faber*, cæterùm emendatio quam attu-

attulit ad §.*ult.l.ult.D.qua in fraudem creditorum* neq; multum facienda est dum nō aliud facit quam *dabitur* in *daretur* mutare, & particulā, *&* in particulam, *ac*, & vel ex religione receptæ lectionis, recipienda non erit; utcumque tamen, & si concederemus *Fabro* dicamusque cum ipso denegasse *Melam* actionem in cum dari, & quidem insolidum, idest suprà quam facere posset, qui ut fraudaret, bona sua ità disperdidit, ut nulla ratione recuperari possint, puta in mare proiecit, quia non est dignus, cui faveatur is, qui talem fraudem nulla juris, aut Prætoris arte separabilem fecerit, adhùc oportebit, ut *Venulej* verba incipiant ab illa: *si verò quadam disperdidisset*, nam ità contextus exegit, & ab illis *Vennlejus* assumens, quod *Mela* concesserat dexterc adversus illum retorquet.

2 Sed ad *l.fin.C.de revocandis his qua in fraudem credit.* deveniamus, in ea ab *Imperatoribus* Rescriptum esse eidem illi debitori, qui in fraudem creditorum suorum debitorem liberaverat *Cuiacius* loco citato asserit, cui *Faber* in hoc adhæret, unde illum fraudatoris nomine demonstratū autumant, sed obstat primò quod *Imperator* diserrè fraudatorem, de quo in tertia loquitur persona à *Menandra*, cui rescribit distinguit, nèc in tàm paucis verbis mutare personas credendum est, & tertiam cum Secunda confundere; obstat secundo, quod ità loquitur, ut actionem consulenti concedere videatur, & nō adversùs cā; fanè has difficultates animadversi nonnulli *Interpretes* alias facti species à *Cuiacana* diversas finxère, & præ omnibus *Bachovius in notis ad Treutlerum vol.2.disp.24.Thesis lit.S. & Vulteius in comment.instit. §.item si quis in fraudem 5. de actionibus num.37.* Sed ego in *Graecorum* sententiam descendo, qui hunc locum *lib.9. Basilicorum tit.8.* de creditore ipso fraudato accipiunt, ideoque creditori fraudato rescripsisse volunt *Imperatorem.*

3 *Pragmatici* autem communitèr docent debitorem, qui in creditorum fraudem sua bona disperdidir, aliqua plectendum pęna, ut *Castrensis* norat *ad l. sacrilegij D. ad l. Juliam peculatus*, at quę nam pœna hæc esse debeat explicaut cum *Menochio de arbitr.lib.1.q.90 num.15.& Dahumaderio in praxi crim.c.10.* sunt etiam nonnulli qui hanc pœnam porrigunt ad torturam cum *Marsilio in praxi §. incipit expediri.* Ad hæc decoctores intèr creditores fraudantes ijdem *Pragmatici* si voluntarij fuerint enumerant, & pluribus pœnis subjiciunt cum *Stracca de decoctoribus par.2.& Consil. Rocco in notabilibus de decoctione mercatorum.*

4 Ex his autem deveniunt ad ostendendum quibus præsumptionibus, & coniecturis tales debitores fraudare probentur, & plura afferunt post *Boerium dec.115.* & alios; eximunt tamen ab his debitorem illum, nam non voluntariè dicunt disperdere in creditorum fraudē, qui donaverit pro uxore ducenda *Afflictus dec.110.n.6.* vel lucro dotis renunciaverit *Joseph Lud.dec.Lucens. 21.n.56.& Dec. cons.260.* & generalitèr eos qui in acquirendis nolint acquirere *Cappella Tolosana q.150. Frauens dec.101. & alij*; sed de hoc nos alibi latè diximus; quanquam non in fraudem creditorum, an saltèm in fraudem eorum, qui per consuetudinem vocantur ad successionem, videatur maritus donare uxori si illi aliquid donaverit sunt qui dubitent, sed negat *Molfesius*, & rectè *qu.3. qu. 6.& quaest.21. tomo 1.& passim.*

5 Tandem si de alienatione facta in fraudem litis moræ tractetur, illud à Nostris communiter receptum est, quod ad hoc ut recipiens rem fraudis parriceps dici possit, oportebit, ut de mota lite scientiam habuerit. Et ità in praxi receptum testatur *Gratianus discept. forens.cap.502.n.31.& seq.*



CAPUT XVI.

De actione Pauliana an pignoratitijs Creditoribus detur, & an ad rem sit.

SUMMARIUM.

1 *Faber hic disputat iterum adversus Vulteium.*
2 *Sed Osualdus Fabriana commenta diluit.*
3 *De altera Vultej assertione.*
4 *Quid Justinianus.*
5 *Quid Nostri.*
6 *Quid Pragmatici.*

1 CUM *Hermanno Vulteio* hoc quoq; capiте manus conferr *Faber*, & primò quoniam ille adversùs *Joannem Fabrum, & Angelum* defendit in Comment. *instit.ad §. item si quis in fraudem 5. num.48.* communiorem sententiam, docentem *Paulianam* actionē, non solum Chirographarijs, sed hipothecarijs quoque creditoribus competere; ipse *Fab.* contrà insurgit, & sola contradicendi ansa, eadem repetit, quæ ab *Angelo, & Joanne Fabro* allata ab *Vulteio* reiecta jam fuerant. Cæterùm cum *Osualdus lib.23.comment, cap.ult.*
2 *lit. N.* utriusque sententiæ fundamenta, & rectè expendat, & *Fabriana* commenta resolvat, nos ne actum hic agamus, ad eum Lectorem remittimus, contenti monuisse solum

ex tex. in l. debitor 11. D. de his, quæ in fraudem Creditorum satis apertè probare Vultej sententiam, & constare pignoratitijs quoque creditoribus dandam esse Paulianam.

3 Secundò cum idē Vultejus loco citato n. 59 defendisset actionem Paulianam realem esse, quod Eguin. Baro, Jacobus Cuiacius, & Antonius Cousius alijq; doctissimi, & eruditissimi viri docuère; in adversum insurgit Fab. & nequaquam in rem esse contendit, uti iàm longè ante ipsum senserant Accursius in cōment. instit. ad d. §. vers. & rem petere. Oldendorpius in Classe de act. Vvesembec. in Paratitlis Digestorum tit. de actionib. n. 6. & Hugo Donellus in comment. ad tit. de act.

4 Sed si rectè Justiniani verba itemque Theophili Paraphrasis perpendantur, facilè quis videt realem esse dicendam Paulianam actionem, & inter illas relatam, quod & ratio quoque suadet; nàm hæc actio possessorem rei sequitur, & quamvis in ea actor non utatur illa formula: hanc rem meam esse ajo utitur tamèn simili: hanc rem debitoris mei esse ajo, ut rectè monet Vulteius ubi suprà, ex cuius dictis, itemque ex his, quæ proponit Bachovius in notis ad Treutlerũ disp. 24. Thesi 1. lit. A. facilè aliorum commenta à Fabro hic aucta, & proposita, refelli possunt.

5 Sed apud eos qui in foro sunt in cōfesso est, quod Pauliana actio alienationes iam factas non revocat ad instantiam illorum creditorum, qui deindè creditum acquisivère, ut notatur in l. sub conditione 16. D. de sol. undè Brocardicum non habere Creditores futuros ius revocandi alienationes iam factas, nisi fraus aliqua intervenisset, quæ puniri oporteret, ad quod videndus Peguera in quæst. criminn. 40. proindè in materia Neapolitanarũ Consuetudinum, quibus vocatur proximior agnatus ad medietatem antiquorum bonorũ Civis defuncti, & si possit Civis in vita ad libitum alienare (oàm agnati non aliud ius habent, quàm de futuro) attamèn si in fraudem alienaverit non valebit alienatio, & si sub aliquo colore fraus tegeretur. vide Consil. de Georgio alleg. 22. quo in loco exhibet coniecturas ex quibus actum gestum in fraudem agnatorum elicitur.

6 Insupèr illud animaduersione dignum est, quod enim ijdem qui in foro dicant, enim, qui ad utilitatem suam actum gerit, non præsumi gessisse fraudandi causa alterum, & si in illius damnum actus factus incidat, ut Gratianus testatur discep. c. 132. n. 42. & rursùs c. 970. nu. 23. attamèn posteà, & enim eodem Grat. c. 286 n. 5. asseverantes, quòd utilitas sit causa fraudis; ideòque non præsumatur fraus, ubi utilitas non adsit; solent concludere quod ex captata propria utilitate, quem fraudasse alium præsumetur.



CAPVT XVII.

De Pignoribus.

SVMMARIVM.

1 An oppigneratio rei alienæ reconvalescat.
2 In responsione Faber, credit dissensisse J. Consultos.
3 Quod non esse verum ostenditur.
4 De Antinomya inter Paulum, & Modestinum.
5 Quid Repetentes, & Pragmatici.
6 Confusio in realibus actionibus non nascitur.

1 Satis exploratum est, cur alienæ rei pignus non valeat, & quamvis Regula sit, quod quæ emptionem, vendirionemque recipiunt, recipiant, & oppignorationē, attamen in re aliena longè alia causa est venditionis alia pignorationis: ergò in eo tantùm residet difficultas, utrum pignoratio rei alienæ facta, si debitor deindè ipsius rei dominium nanciscatur, reconvalescat; nàm Paulus in l. rem alienam 41. D. de pign. act. quanquam negat directò convalescere pignus, utilem tamèn actionem concedit, Papinianus verò, & Modestinus alitèr Respōdere videntur in l. 1. & in l. si Titio 22. D. de pignoribus; hinc Interpretes nostri varia commenti sunt, nàm alij ut concilient, laborandũ in explicādo Papinianum alij Paulum volũt, & inter se digladiātur, ut Franciscus Balduinus de pignorib. c. 12. & Hugo Donellus in eodem tract. cap. 6. alij,
2 cum quibus est Faber, dissensisse credũt, ideoque desperatam Antinomyam esse, in quam sententiam inclinasse visi sunt Cuiacius obser. 19. cap. 26. & Bachovius 2. de pignoribus c. 4. num. 8.

3 Ego inter Papinianum, & Paulum nullam esse dissensionem existimo: quandoquidèm Paulum in princ. l. rem aliená 41. D. de pignor. act. de eo loquutum, qui aut consentiēte domino, aut saltèm sciente, & non contradicēte, rem alienam pignuraverat ex vers. sequenti non est idem dicendum, colligo; cum alioquin non rectè inciperet à particulis adversativis §. si non quid oppositum, aut diversum ab antecedentibus contineret; proindè cum in §. proponatur species de eo, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate; Consequens est quod in principio legis fuerit tractatum de eo, qui ex mea voluntate obligaverat.

4 Sed

4 Sed non idem dici poterit de *Paulo*, & *Modestino*; nàm esse intèr ipsos antinomyam, verba ipsa apertissima nos fateri cogunt; eam tamèn conflatam asserimus non ex ipsorum Juris Consultorum mente; sed librariorum vitio: ideòque emendata recepta lectione, in concordiam redigi, & ipsos posse, docuimus *Suspicionum Libris*, videas tamèn *Linklamam lib.6.Ecloga 6.*

5 Utcunque tamèn seres habeat, illud certum est, & à *Repetentibus*, & *Pragmaticis* traditum, quòd ob textum *l.1. de pignoribus* obligatio bonorum porrigitur quoq; ad bona futura, sub conditione, *si quandoque bona illa in dominium debitoris pervenient*, *Bartolus, Baldus, & alij ad l.ergo C. quaeres pign. oblig. possunt Gabrielius commun. concl.lib.3. tit. de pignoribus*, *Neguzant.par.2. principali membro 2.nu.34.Menochius cons.77.volum.1. Boerius decis.181.num.10. Suarez.in Tes.recept.sent.lit.A. num.131. Turzanus commun. opin.num.146.*& similes.

Rursùs & illud quoque certum apud eos quod dissensio intèr *Paulum*, & *Modestinum* admittenda non sit, ideòque plura invenies pro conciliatione apud ipsos praecipuè *Accurs.Bartolum, & Fulgosium ad d.l.41. D. de pign.act.* sicut & plura *Neotericos*, adduxisse constat apud citatum *Linklamam lib.6. Ecloga 6.* ubi & quid ipse sentiat protulit.

6 *Pragmatici* autem ex tex. in *l.22. de pign.* passim jactant, quòd confusio in reali actione ex successione non oriatur ut explicant *Afinius de execut.§.7.num.167. item cap.70. & sequentibus, & Zangerus in tract. de except. cap.7.par.3.*



CAPVT XVIII.

Varia ad tit. de operis libertorum, & ad tit. quarum rerum actio non detur.

SVMMARIVM.

1 *Faber hoc caput à Donelli comment. confecit.*
2 *Quid primo opponat Donello.*
3 *Quid secundò opponat.*
4 *Quid tertiò.*
5 *Explicatur Vlpiani locus in l.7.hoc tit.*
6 *Ratiocinatio adversus Fabrum.*
7 *Quid de l.17.hoc tit.*
8 *De specie l.20.hoc tit.*
9 *Defenditur tex.in l.1.§.quae enerandae D.quarum rerum actio non detur.*
10 *De eodem tex.*
11 *De societate inter patronum, & libertum contracta.*
12 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
13 *Operarum praestatio non est amplianda.*
14 *Item nec extra tempus exigenda.*
15 *De vi juramenti in praestatione operarum.*
16 *De alimentis.*

1 CAput hoc totum ex *Hugonis Donelli commentariorum lib.2. c.18.* consarcinavit *Faber*, & cum plura ab illo desumpserit, plura illi imponit, & nonnulla ex illius dictis temerè reprachendit, quod & facit in *Juris prudentia tit.5.princ.2.illat.12.& sequ.*

2 Et primò imponit *Donello*, quod scripserit operarum artificialium promissionem à liberto factam extraneo valere, & tamèn nunquàm hoc à viro acutissimo scriptum reperies; sciebat enim quod vulgatissimum est etiam his, qui primis labijs Jurisprudentiam degustarunt, quòd operae patronis dumtaxàt promissae debentur; adeòut ne Patri quidèm ejusdem emancipati validè promittantur *l.4.D.si a parente quis manumissus fuerit*. Quid ergò fuit quod *Donellus* scripsit? Illud quidèm, deberi operas cum rectè stipulatio processerit, uti extraneo, scil.ut ipsemet *Donellus* infrà se explicat, & obsetvat *Osualdus* in notis, eodem iure debentur hae operae manumissori, quo debetur extraneo, id quòd sibi ab eo, qui iure obligari potuit, praestari stipulatus est, undè in eo extraneus cum manumissore aequiparatur, quod utrique paritèr debetur quod promittitur, non in eo, quod utrique operae possint promitti. Caeterùm ne in calumniandi ansam incideret Faber, ei satis sufficere debuit quod *Donellus* statim à principio monuit, non cuilibet operas deberi, atque ità jàm quosdam exclusit, quos non alios esse dicere potes, quàm extraneos.

3 Secundò sub *num.* 4. receptam lectionem in *l.ult.D.de liberali causa*, mutat Faber, & pro eo, quod scriptum est, *an libertus jurejurando obligetur*, reponit, an *liber jurejurando obligetur*. Sed & temerè mutat receptam lectionem, & minùs elegantem reddit; nàm Juris Consultus propriè loquitur, cum *libertum* dicit; impropriè, si *liberum* libertum appellat. Denique & sequentia verba: *Verum est non aliter quam liberum obligari*, quibus abutitur Faber: satis ostendunt libertum scripsisse in prioribus Juris Consultum, alioquin ineptè sic loquutus foret *liber obligatur non aliter, ac liber*; Comparatio enim fieri solet interdiversa. sed haec satis nam Receptam lectionem tuetur non solùm omnium Codicum fides, sed Juris Consultorum Responsa, in quibus similis, vel eadem loquendi forma, observatur prae-

præcipuè in *l.ut jusiurandum 7. D.de operis libertorum.*

4 Tertiò sub *num.50.Donello* opponit *Faber*, quòd malè explicaverit *l.ult. D.de liberali causa*, & quod scripserit obligari libertum, & si incontinenti non juraverit ex tex. in *l.jusjurandum 7. §.iurare D. de operis libertorum.* Sed cum antè *Donellum* hoc ipsum pletique ex antiquis admisissent post *Accursium* ad vers. *sivè post tempus*, ibi, *scil. ex intervallo, &c.* observare debuit *Faber* eos omnes motos, nèc malè, apertis *Vlpiani* verbis in *d.l.7. §. iurare, D.de operis libertorum*, quæ non tàm de facili tergivetsari possunt, neque ab ipso *Fabro* feliciter tergiversantur, quandoquidèm postquàm hioc indè se contorsit, & *Triboniano* totum versiculum *Vlpiani* appinxit, tandèm sub *nu.* 9. ferè in eandem cum *Donello* sententiam incidit.

5 Verùm quod ex *Celso* ab *Vlpiano* scriptum legimus in *d.l.7.* quia non solùm difficilè, sed prorsùs falsum se cuique prodit; ideò emendandam receptam lectionem volui in *Suspicionum Libris*; Nèc in præsenti movet Fabri commentom: nàm ne *Vlpianus* explicari possit de illa specie, in qua proponeretur legatum libertæ sub coodttione, *si decem filio se præstaturā juraverit*, atq; ita in ea in qua rectè libertatis causa promisit, illud facit, quod recepta hujusmodi explicatione, inepti apparebût *Celsus, & Vlpianus*, qui dubiraverint, an deberentur operæ, quæ ritè, rectèque promissæ supponebant, & quæso quis hujusmodi jusiurandum censebit libertatis oncrandæ causa impositum, nisi qui prorsùs ineptire velit? saoè vel ipsemet *Faber* id dissimulare non est ausus, & ex hujusmodi legato sublevari potiùs libertatē fatetur; dum in arbitrio liberti ponitur, an operas præstare, an verò solvere decem maluerit *l.ult. §.non prohibetur D.qui, & à quibus*, hinc nos monebat *Julianus* gratissimum esse libertis, si pecuniam potiùs præstent, quàm operas; ideòque postulare locarionem solere *l. patronus 25. §.ult. D.de operis libertorum.*

6 Insupèr & si daremus *Fabro*, potuisse ineptam quam diximus quæstionem proponi Juris Consulto, & tractari de specie aliqua, in qua non de operis juramento imponendis, sed de pecunia in earū vice præstanda ageretur, adhùc ne de ea explicari textus adductus posset facit *Celsi* Ratiocinatio nimis generalitèr, & per modum Regulæ proposita *parvique referre quam ob causam libertus juraverit.*

7 Quartò *Faber* his quæ à vulgaribus *Interpretibus* ad *legem decimamseptimam*, & duas alias sequentes desumpsit, suam quoque adtexuit emēdationem ad *legem* 20. ejusdem tit. legcodum enim in ea vult, *operarum petitionem*, non ut habet recepta lectio *operarum præstationem*; At ut in cæteris, in hoc quoque allucinatur; quia diversus est tractatus præstationis à tractatu petitionis; quærimus enim an petitio concedenda, cum dubitatur, an impositio operarum ritè, rectèque processerit, scil. an impositæ liberto libertatis causa, an incontineoti, ut diximus ex *Vlp. in l.7. hoc tit.* At cum certum hæc omnia rectè processisse, tùnc quærimus, an præstatio imponenda sit; illa enim supponit debitum: Itaque si quis supponens rectè impositas operas quærat, an petitio ipsarum detur? ineptè id quærit; Cùm tamèn si de præstatione tractetur; etiā supposito, quod debeâtur, poterit quærere, an præstatio concedenda sit, nā supposito, quod debeaotur, supposito quod juste Dominus petat, nihilominus hæsitari poterit, an libertus causā habeat denegandi præstatiooem; quia Dominus alimēta nō præstat; quippè si ita est adversùs petitionem operarum, ex æquitate prætoria exceptio liberto accommodabitur.

8 Fateor quidèm ego, quod si à principio ea lege fuissent operæ impositæ, ut libertus seipsum aleret, nèc tempus quidèm ad impetranda sibi alimenta acciperet; impositio hæc iniquissima rescindenda foret, quoniàm multum libertatem oneraret, unde pro ea petitio noo concedenda. At nego in *d. l. 20.* hunc casum tractari à *Paulo*, ut ex verbis textus, vel primo intuitu demonstratur.

9 Sub *num.25.* capta occasiooe de tex. *in l.1. §.quæ oneranda D.quarum rerum actio non detur*, mordet *Donellum Faber*, quod exegetit fieri promissionem sub illa cooditiooe *si libertus Patronum offenderit*, at qui verba *Vlpiani* videt, statim potiùs viceversa *Fabrum* repræhendet. Cæterùm cum possit, & ità conditio concipi (*cum volam*) *Donellus*, qui unam attulit, non aliam exclusit.

10 *Num.28.* fatetur *Faber* se non intelligere, quid illud sit, quod ex eodem *Vlpiano* subjicitur in *d.l.1.§.quæ oneranda*, ibi, *Sed si post intervallū habet quidem dubitationē; quia nemo eū cogebat hoc promittere: sed idē erit probandum & hic, tamen causa cognita, si liquido appareat libertum metu solo, vel nimia patrono reverentia, ita se subiecisse, ut vel pœnali quadam stipulatione se subijceret, &c.* & tamèn cum fateatur non intelligete, audet interpretari, & alios velle docere; itaque ad intelligentiam observandum, quod quotiès operæ imponuntur, id fit duobus modis, & si incontinenti, & in ipso manumissionis actu, imponantur. Primus modus erit cum placidè, & quietè, datoque quodam intervallo cogitandi liberto, & deliberandi imponuntur. Secundus eum imminentèr, & furiosè; adeò, ut non solùm non spatium aliquod cogitandi liberto relinquatur; sed vis quædam, & metus eidē

impo-

imponitur, cum autem hi modi sint distincti, debuit *Vlpianus* distinguere non quidem, in eo ut putat *Faber* an in continenti post manumissionem, an non, fuerint operæ impositæ. Sed supposito, quod incontinenti imposuerit, an imminenter id egerit, an verò post intervallum, & ratio distinctionis, quia si intervallum concessit, habuit cogitandi, habuit etiam & denegandi potestatem libertus; dum nemo cogebat eum promittere, si verò imminenter, sivè ut *Vlpianus* Græcè scripsit ἐπικείμενον (de quo verbo videndus *Cuiacius* 16. *obser.c.*8.& *Dion.Gothofredus* in notis,) quoniàm oneravit libertatem, dicendum erat exceptioni locum fore.

11 Denique, ut nugas alias omittam, sub *n.*44. quærit *Faber* cur societas inter patronum, & libertum contracta libertatis causa in terminis *l.*1.§.*si libertatis D.quarum rerum actio nō detur & l.Labeo* 36.*D.de operis libertorum* ipso jure non valeat? & Respondet ideò non valere quoniàm non potest non onerare libertatem, & quoniam societatis contractus bonæ fidei est, quod & *Accursius* docuerat; sed in his observandum, non verum generaliter, & indistinctè, quòd nulla societas possit contrahi inter dominum, & libertum; nàm modesta, & honestis conditionibus contracta, & in summa quæ non libertatis causa contracta fuerit, rectè utique poterit cōtrahi, nam Iuris Consulti vetant dumtaxat onerandæ libertatis gravem initam societatem.

12 Sed quamvis *Repetentes* pleraque de operis libertorum, earumque præstatione scripserint ad hunc *tit.* & in Codice post *Bartolum, Cinum, Cumanum, Salycetum, Castrensem, & similes*, attamen *Pragmatici* ea non curant, sed quæ de libertis tradita sunt, vel trahunt, vel dicta credunt de famulis, nēpè de illis, qui mercede conducti, nobis in domesticis rebus serviunt, aut de vassallis, reddititijs, colonis, & similibus, de quibus tractatus *Frederici Hucani de hominibus proprijs, & Bonacossa de servis, & famulis*, nèc non scripta *Cavalcani decis.*27.*p.*1.*num.*33. *Boerij decis.*303. *Rolandi cons.*40.*vol.*4.& *vol.*3.*cons.*18.

13 Hinc de his passim monēt, quod, cum certum sit quantum una die operarum domino debeatur *Rosental.de feudis c.*8.*concl.*6. *nu.*7. *Gaillus obser.lib.*1.*obser.*17. non sunt; si operas debeant nimis gravandi, neque operarum præstatio ampliari ad insolita, & inconsueta, potest idē *Rosent.c.*12.*cōcl.*22.*n.*125. & *Gaill.* tùm loco citato, tùm *obser.*62.*n.*12. *Menoch. lib.*7.*cons.*671. *n.*9. *Plotus, de Amatis*, & reliqui ad *l. unicam C. ne operæ a collectoribus exigantur.*

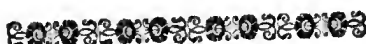
14 At & sicuti non ampliores, ità nèc extrà tempus suū operas præstādas esse, Nostri clamant, adeóque nèq; ante diem peti posse *l.cū fatis* §.*caveant C.de agricolis, & censitis, & l.*1.*C.in quibus causis Coloni dom.acc.poss.* quod si consuetudine aliquid inductum foret, atque de initio huius consuetudinis non constat quid faciendum, habes apud *Rebuffum in Constitut.Regni Galliæ in Rubrica de mat.possessoria in præfat.n.*168. *Cacheran.dec.*99.*num.*11. *Cavalc.p.*1. *dec.*17.*n.*33. Sed non ideo quia ampliores operas imponere is cui debentur non potest, sequetur ut vice versa diminuere illas, & extenuare debitor possit, aut tempus præfixum coangustare; hinc servus liber esse iussus si hæredi certo tempore operas præstiterit, si fugerit antequam tempus fuerit expletum, non erit liber, nisi totidem dies quot in fuga permansit servierit *l.si servus* 14. §.*fin.l.cum hæres* 4. §.*ult.D. de statu liber. Menoch.de recup.possess.rem.*1.*n.*447. *Osualdus ad Donellū comment.*1.*c.*18.*lit. D. Amaya lib.*1. *observat.c.*10. ex quibus, alijsque (dum citatos tex. conciliat cum *l.Thais* 41. §.*si intra certa D.de fideicomm.libert.* & *l.Paulus* 38. §.*fin.D. de lib.causa* in elegantissimo Tractatu quem de *fugitivis* edidit *cap.*13.) hæc & alia adnotat *D.Raphael de Vilosa Reg.* multis egregijsq; Magistratibus præclarè gestis laudandus.

15 At quoniam Nostri ubique magnas iuramenti præstiti esse vires iactant; etiam in hac materia, de qua agimus, fatentur in vim jus jurandi obligari libertum partono, & ad observantiam juramenti cogi posse ex *Seraphino* in tractatu *de privil.juramenti privil.*19 & *privil.*51. *Paverio in tract.de virtute juramenti effectu* 34.

16 De reliquo illud supponunt tanquàm exploratum, & certum, quòd omnes liberti, famuli, & vassalli quique alij ad operarum præstationem tenentur, poterunt aut sibi victum quærere, aut ex bonis dominicalibus accipere, *Colerus in tractatu de alimentis lib.*1.*c.*13. *n.*93. quod si utrumq; eis denegaret dominus tunc privandus erit petitione servitiorum, quinimmò, & pœnis affligendus, ut *Grammaticus dec.*104. *Vasquius illustr.contr. lib.*1. *c.*8.*n.*17. *Romanus cons.*37. *de Amicis d.l.si coloni* 12.*qu.C.de agricolis & censitis* de communi consensu tradidère; sicut exadversù Patronum Dominumve pauperē à servis ali, & à vassallis, & colonis oportere concludunt, nàm & Ecclesia quoque alimenta præstabit *Colerus* ubi suprà *n.*78. *Cassadorus tit.de jure patronat.dec.*3. *Afflic.* & *Visill.dec.*265.*n.*104. alijque.



CA-



CAPVT XIX.

De operarum editione, æstimatione, & indictione.

SVMMARIVM.

1 *Retinetur recepta lectio in l. Medicus 26.*
2 *De Fabri ratiocinatione.*
3 *Faber disputat aduersus Julianum.*
4 *Confunditur eius disputatio.*
5 *Quid de operarum præstatione nostri dicant.*
6 *Quid de oneribus impositis.*
7 *Distinctio.*
8 *De possessione exigendi collectas.*
9 *De extraordinarijs oneribus.*

1 PLeraque *Faber* ad eundem tractatum pertinentia subiungit in hoc capite, & illud primum sub *n.* 3. quòd in principio *l. Medicus* 26. §. 1. *D. de oper. libertorum* dispungéda sit vox *libertus*, & legendum *Medicus* simplicitèr, aut *Medicus patronus*, quod quidèm verum est; sed obvium; nam *Accursius* iàm id monuerat, & per pauci sunt joris libri, qui non hanc habeaot lectionem.

2 Secundò sub *n.* 5. nititur assignare rationē cur promissioni operarum satisfaciat libertus si æstimationem solverit, & quædam congerit, quæ si vera, sequeretur ne æstimatiooem quidèm solvere libertum debere, atque ità quamvis stipolatione, aut juramento promisisset operas nunquàm debiturum fore, non enim antè diem deberet, & die transacta præstare non posset, quia diurnum officium sunt: Ergò ut *Fabrianas* nugas refellamus, observandum erit, aliud esse, quod aliquid ad certam diem debeatur, aliud quod quotidiè debeatur; nàm primo casu quia dies debitoris gratia adiecta est, integrā transire oportet, ut quod promissum fuit sit debitum, secundo casu non itèm; nàm statim quod dies illuccscit, incipit deberi, itaque quod in obligationibus antè diem, dies ipsa est, id in obligationibus quotidianis primum diei momētum est, hoc enim, libertum debitorem operarum constituit. Cæterùm cum receptum sit, ut operarum nomine præstare æstimationē libertos possit, non priùs æstimationem præstare cogetur, quam finita die, & hoc est, quod ait *Pomponius in l. operarum 3. hoc tit. de operis libertorum*, ubi operas pro operarum æstimationem posuit, nam si de operibus ipsis loqueretur utique secum ipse pugnaret in *l. 8. eod. tit.* nam quomodo finita die operæ illius diei iam transacti peti, aut præstari possent? est hinc de æstimationis præstatione explicandus juxta expeditissimam *Accursij*, & aliorum expositionem, quam *Faber* varijs nugis in præsenti implicat.

3 Et denique à *n.* 20. ad finem usque disputat advetsùs *Julianum in l. in stipulationibus 54. §. operarum vers. quod si unam D. de verb. oblig.* cuius literam *a Triboniano* corroptam assevetat.

4 Et primò ait se moveri ex eo, quod textus admittit operarum stipulationem, & præstationem, secundò ex eo quod verba ut ipse putat sint malè concepta. Verum enimverò circa primum, quanquàm non concedam assentiendum esse illis qui putarunt de præterita opera *Julianum* tractasse, non ideò tamèn dicam *Julianum* à cæteris Jur. Consultis dissentire; illius enim verba non habent sensum illum, ut *Interpretes*, & *Faber* putant, quod in arbitrio liberti sit, an præstare operas per partes velit, an verò æstimationem solvere. Sed potiùs quod possit libertus, vel per partes æstimationem solucre, scil. cuique dominorū partem suam; vel si consentiaot inter se ipsi patroni, possit communitèr ipsis præstare. Cæterum in his præstatio quanquam coniungatur cum solutione, non tamèn adeò fit illi æqualis, ut sicut admittitur solutio per partes, ità & præstatio admittenda sit, quando constat coniungi in eo solum quod utraque ambobus debetur, at in præstatione differūt, & vnaquæque suum habet modum. Circa secuodum dicam verba textus Juris Consulti potiùs quā *Triboniani* redolere, hinc illa *necesse est utrique dominorum partem operæ tantam, quantam in servo habuerat petere*, quare parum elegantia visa sint *Fabro*, non video, eo magis quod etiam ex lexicis, & ex *Brissonij locis de verb. significat.* constat *solutionem obligationis* nonnunquam, & solvi obligationē dixisse J. Consultos. Denique quòd *operæ eduntur* in plurali scriptum sit, non ideò sequitur à *Triboniano* textum corruptum; nàm vel potuit id evenire scriptorum vitio, aut ità potuit ipsum *Julianum* scripsisse; nàm in qualibet die una opera promissa plures dies, plures operas faciunt debitas.

5 At quod hic dicitur de operis, & de non cogendo liberto, præcisè ad earum præstationem in pecunia; sed in suo reliquendum arbitrio, uno, aut alio modo præstare, explicatur passim ab *Interpretibus*, qui habent tamen pro indubitato, quod cum operarum præstatio in pecunia fieri debeat, obligatio etiàm ad hæredes extraneos transibit, ut *Cuiacius* advertit *lib. 17. obser. cap. 14.* *Tholos. Syntag. lib. 14. cap. 8. num. 6.* & latiùs *Rosental. de feudis cap. 10.*

cap.10.concl.34.nu.33. Non tamèn ex pluralitate hæredum qui fuccefsère,effe Vaffallos magis gravandos,idem *Rofental.* notat *cap.6. concl.36.& cap.8.concl.8.* Rursùs ad *l. Medicos* obfervandum quod quamvis eorum fcientia, & profeffio magno femper, & apud nationes omnes in pretio habita fuerit, undè donum Dei appellata,& innumeris encomijs exaltata Medicina,ut alibi Nos in Refpôfo pro Medicorū authoritate retinenda,adversùs novatores adnotavimus: attamē fèrò apud Romanos coli, & ut ingenuo homine digna haberi cæpit,quod oftēdit ex Noftris *Briffonius lib.2. Selectorum cap.3.* adducitque rationem *cap. fequenti*, & hinc in Juris Romani libris non magnæ eorum immunitates, & prærogativæ, licèt imperare nobis Medicos fateantur, & ipfi Juris Confulti. Vide *Duarenum 1. anniver.difputat.cap.54.*

6 Porrò occafione operarum, quæ onera impofita libertis funt, plura de oneribus noftri tractant, eaque diftinguunt in ordinaria, & extraordinaria cum *Ozafco decif.95. num.43. Raudenfi de analogis cap.40.num.37.* dicentes ordinaria effe,quæ à Principe,Lege, vel Senatus Confulto indicūtur,juxtà *Theoriam Bart. in l.1. C.de Agricolis, & in l.2.D.de iure immunit.* Extraordinaria verò,quæ pro neceffitate, & utilitate Reipublicæ extra ordinem imponi folent, quæ tamèn cum impofita funt in exactione primis æqui parāturOzafch.decif. 95.debēt tamèn neceffitate exigente folū imponi *Hartamannus lib.2. c.6. tit.de cenfibus, & charitativo fubfidio Franc.Marcus q.23.* debēt etiàm fuo tēpore imponi,quòd tempus quale fit habes penès *Capyc. decif.168.* & debēt omnes nō aliquos gravare,ut ajunt Moraliftæ.

7 Præterea cum ex muneribus quædam appellentur perfonalia, quædam patrimonialia, quædam mixta vide de his *Gaillum obfer.52.lib.2.* Et fcias ea dominos prædiorum fubire, non Colonos *Franchis decif. 107.* quamvis & *Forenfes* quoq; ad nonnulla onera teneantur, de quibus *Thefaurus decif.149.*

8 Et quoniàm poffeffio exigendi collectas per feptuaginta annos,præfcriptionem præfefert, undè manutentionem concedunt *Franchis decif.56.* & alij. Solet ex hoc quæri, an uniformis folutio præjudicet, & conftituat in poffeffione exigendi qui exegit; fed quia de hac re, alibi diximus eadem repetere, non oportet,videndus tamèn *Raudenfis de Analogis cap.40.num.50.& num.108.* dum illud ut certum interim fatemur, quòd ex pacto,& longa confuetudine,ut ad aliquid præftandum homines teneantur, induci poterit *Decius conf.638.* & fequaces.

9 Denique quoad extraordinaria onera, pro Regula habendum erit, illa, nonnifi in certis cafibus deberi à Vaffallis, ut adnotavit *Paponius lib.13.tit.3. Arefto 1. Boerius decif.126.num.8.* reliqua apud *Tepatam lib.2. tit. de muneribus*, *Sanfelicium in fua difcept.* impreffa in vol.fuat.decifionum.



CAPVT XX.

Ad text.in l.frater à fratre 38.D.de cond. indeb.

SVMMARIVM.

1 *Finis Fabrianarum coniecturarum.*
2 *Reprahendit Faber Cuiacium.*
3 *Sed non rectè.*
4 *Iterum infurgit Faber adversùs Cuiacium.*
5 *Sed Cuiacius iam occurrerat.*
6 *Et rectè.*
7 *De diftinctione inter ius retinendi, & retentionem.*
8 *An confufio de qua hic,locum habeat in actionibus naturalibus.*
9 *Confirmatur noftra affertio ex Africani ratiocinatione.*
10 *In hac l.agitur de duplici repetitione.*
11 *Difquiritur Fabri ratiocinatio.*
12 *Adhuc de ea.*
13 *Fabri perpetuus error.*
14 *Quid Veteres Interpretes, & Pragmatici.*
15 *Qui de hac materia tractant.*
16 *Condemnato in iudicio fummariffimo, competit condictio indebiti.*
17 *Sed non ei qui naturalitèr obligatus etiam fi Monachus.*

1 IMponit fuis coniecturis finem *Faber* in hoc capite, terminatque eas lunga adversùs *Cuiac.* difputatione: Nos, & noftras inveftigationes terminabimus in refellendis his quæ contra magnum virum profert.

2 Et primò à *num.4.* *Faber* impugnat *Cuiacium*, quòd dixerit obligationem naturalem, quæ fola inter patrem, & filium confiftere poteft,ipfimet Patri acquiri,utiturque ea Ratione, quod cum hæc naturalis obligatio ex facto æftimetur, non magis poteft ad Patrem transfire,quàm cætera, quæ facti funt.

3 At fi quis confideret, quòd quanquàm verum fit obligationem naturalem ex facto æftimari,& ex eo nafci veluti ex mutua pecunia accepta,aut quid fimile, non tamèn ideò fequitur eam ipfam factum effe; cum fit aliquale vinculum ex ipfo facto natum, quod fanè ex eo intelligi poteft, quòd fi obligatio naturalis idipfum factum foret, utique nunquam

quàm superesset, quia eum ipso facto consummata, extingueretur; Nam finge mutuationem pecuniæ obligationem esse, facto ipso consummato, recepraq; pecunia, certè non esset quod superesse posset. Dices supercrit naturale quoddam vinculum, quod recipientem quodammodo obligabit fateor ego, sed hoc est, quod ex facto narum, non ipsum factum, esse contendo, & ultra factum aliquid aliud. Igitur cum hæc ita sint, prorsùs mala utitur argumentatione Faber adversùs *Cuiacium*; quandoquidèm factum ipsum & si non transeat ad Patrem, transit ramèn quod ex facto jàm consûmato superest, & proindè optimè, ut solet, *Cuiacius*, indistinctè, & indefinitè explicandum censet, quod *Vlpianus* Respondet in *l.placet 79.D.de acquir.hæred.* ut & verba ipsa Juris Consulti (*vel quid aliud*) præseferunt.

4 Urget Faber ea ratione, quòd si obligatio hæc naturalis patri quæreretur, utique eodem instanti nasceretur, & periret; cõfusione enim perimi oporteret. Sed huius argumenti vires jàm infrinxerat *Cuiacius*, qui illud præsêtiens
5 respondit, acquiri quidèm, & ipso iure obligationem naturalem patri; sed acquisitam non apparere, quandiù finit pater penès filium remanere peculium.

6 Hæc autèm optima responsio nequaquàm in dubium revocari potest ab his, quæ Faber scribit sub *num.* 6. quod absurdum sit, ut in eodem instanti naturalis obligatio nata, & per consusionem sublata intelligatur; nàm hoc ipsum est, quod negat *Cuiacius*, nempè in eodem instanti nasci, & perimi obligationē, siquidèm vel ex eo, quòd priùs obligationem esse oporter, deindè acquiri, satis intelligimus non posse eodem instanti hæc duo fieri nasci, & acquiri; sed oportere, ut in primo instanti nascatur obligatio, nata deindè ne momento quidèm subsistat, sed statim acquitarur patri, qui sensus est verborum *Ulpiani* in *l.placet 79.D.de acquir.hæred.*

7 Ar si pensitemus ea, quæ *num.* 17. idem *Faber* scripta reliquit, & admittamus inanem alioquin distinctionem intèr jus retinendi, & retentionem: attamèn quia retentio ipsa nil aliud est, quàm tactum ipsum, sequitur omninò jus retinendi ex obligatione naturali oriri, atque hoc ius, vel in *Fabri* sententia id esse quod quæritur patri.

8 Cæterum confusio illa, de qua agimus, quàquàm locum habeat in obligationibus naturalibus, quæ inter patrem, & filium nascuntur non tamen eodem modo locum habebit in illis, quæ inter fratres oriuntur. Et Ratio aperta est, siquidem in primis Pater foret debitor filij, & creditor sui ipsius ob naturalem obligationem sibi quæsitam, quod repugnat textui in *l.Imperator 30.D.ad Trebell.l. filius 16.* *de furtis*, & similibus: at in fratribus non ità est, nàm quanquàm in patrem transeat creditum naturale, quòd alter ex filijs adversùs fratrem habet, non tamèn in eum transit, & debitum naturale, quod unus filius fratri debet, atque ità non fit in eadem persona concursus debiti, & crediti, ut rectissimè advertit *Cujacius*, qui ad Regulam de patria potestate, quod eadem persona patris cum filij esse videatur, Respondet nos attendere debere, in his obligationibus naturalibus, quod factum sit, non quod fingitur.

9 Hæc autèm quæ diximus confirmat apertissimè *Africani* ratiocinatio in *l.frater à fratre D.de cond.indebit.* & potissimùm illud, quod concedit repetitionem fratri ejus, quod solvit pro ea parte, pro qua patri hæres extitit; Et cum hoc non prætetijsset *Fabrum*, occurrit sub *num.* 12. & 13. scribens id fieri ea de causa, quòd mortuo patre familias, peculium desinit esse tale, & hæreditas fit, & proindè obligatio naturalis, quæ in peculio fratris creditoris fuerat, cum altero fratre, cum quo partitus est hæreditatem, partitur, ideòque repetitioni locus.

10 Verùm enimverò in primis advertendum erit, quòd *Africanus* in hac *l.frater* duplicem repetitionem fratri concedit, unam pro ea parte, pro qua hæres patri extitit, alteram pro reliqua parte debiti; sed eatenùs quatenùs de peculio ad fratrem creditorem pervenit. Verba Juris Consulti hæc sunt: *respondit utique quidem pro ea parte, qua ipse patri hæres extitisset repetiturum*, en prima repetitio (*pro ea verò, qua frater hæres extiterit, itá repetiturum, si non minùs ex peculio suo ad fratrem pervenisset*) en secunda repetitio.

11 Unde his animadversis, quæ *Faber* affert, à *Cujacio* tamèn sumpta, dicemus pertinere ad hanc secundam repetitionem; nàm verùm est peculium cum hæreditate coniungi, & partem peculij debitoris fratris ad creditorem fratrem transire; Non autem ad primam repetitionem pertinere; nàm illa vix ob portionem hæreditariam, nempè ob partem naturalis obligationis jàm quæsitam patri ad filium debitorem perventa competit; igitur eum Juris Consulto) quamvis peculium cum hæreditate coniungatur, mortuo patre familias) in præsenti illud distinguere nos oportet ab hæreditate. Et longè aliter hæreditatem quam peculium considerare. Ponamus, facilioris intelligentiæ causa, exemplum. Titius Cajo fratri suo, dum sub patris potestate ambo erant centum ex peculio suo, in quo bis centum erant mutuavit, mortuo patre, ambo pro æquali parte hæredes ex-

tite-

titerunt; Cajus quod debuit fratri solvit, deindè facti pœnitens, vult solutum repetere, consulit *Africanum*, vel *Julianum*, petitque an possit, & ex qua parte: Juris Consultus, ait primò eum posse repetere pro ea parte, pro qua patri hæres extitit, nempè pro medietate soluti: hoc dictum non aliam rationem habere potest, nisi quam attulimus, quod obligationis naturalis, jàm patri quæsitæ, medietas ad ipsum filium debitorem spectaverat, & pervenerat, atque ita extincta fuerat; unde quod pro ea fratri solvit, nulla ex causa solvit; nàm ne naturalitèr quidèm debebat. Secundò ait, & reliquam partem debiti soluti recuperare eum posse, si non minùs ex peculio suo ad fratrem pervenisset: unde si propositam facti speciem retineamus, poterit frater hic repetere, & reliqua quinquaginta; nàm cum in peculio bis centum fuisse ponamus, verum est non minùs pervenisse; sed si mutata facti specie in peculio centum quinquaginta dumtaxat fuisse dicas, aut multò minùs pro portione recuperabit, aut nil recuperabit.

12 Præterea duplicem causam, huiusmodi duplex repetitio habet. Prima quoniàm naturalis obligatio quæ ex parte extincta est, nō adest pro ea parte pro qua extincta est, & per consequens nulla causa subest solvendi. Secunda, quia quamvis pro alia parte remanserit obligatio naturalis: attamèn jàm satisfactum ei est; dum ex peculio frater tantundem habet. Hæc verò cum ità sint, sicut pessimè faciet qui unam dumtaxàt repetitionem crederet, aut ex eodem Jure utramque oriri existimaret: ità miserè *Faber* impingit; dum ità differit, ac si hæc secunda dumtaxàt repetitio pro eo quod ex peculio pervenit Juris Consultus concederet, de prima verò non responderet. Cæterùm quoniàm ipsemet *Faber* sub *num.* 32. agnoscit aliud esse obligationem confusione, aliud solutione, aut deductione tolli, oportet, ut & fateatur quoque non potuisse in proposita specie sub uno eodemque modo duplici repetitioni locum fieri, nàm non eadem ejus causa est; tum quia hæres ex parte est, frater repetit, & repetit ex vi confusionis; tum ut diximus, quia obligationis naturalis medietas ad eum pervenit; Et quia peculium ad fratrem pervenit repetit, & reperit, quoniàm ex peculio fratri satisfactum videtur.

Ulteriùs de Prælegato subjicit *Africanus*, non ad utramque repetitionem pertinet, ut pessimè putat *Faber*, cuius perpetuus error est; nàm confundit has duas diversas repetitiones, & ex utraque unam conflat; sed pertinet ad secundam, nempè ad eam, quam concedimus ob peculij perventionem; & ad quam asserendam sic ratiocinatur *Africanus*; adeò verum est, quòd quatenùs ex peculio pervenit repetitio est à fratre, ut si è contrà nihil pervenisset, ut puta si ipsum peculium eidem fratri debitori fuisset prælegatum, nulla esset repetitio, unde nulla solutio intervenisset debiti.

13 Fallitur quoque in huiusmodi *Africani* ratiocinatione *Faber*, eo quod ex ea deducere conatur, non esse patri quæsitam actionem; quoniàm, ait ipse, si fuisset quæsita utique tota ipsa actio cum peculio legato, foret transfusa; nàm ut diximus, vel ex dicta ratiocinatione, intelligimus perpetuò *Africanum* causam peculij, ab hæreditatis causa distinguere, quanquàm cum de portione hæreditaria, veluti de re aperta, minùs fuerit sollicitus, de peculio magis anxius est, & de illu latiùs agit. Reliquæ quas hic agit *Faber* nugæ adeò apertæ sunt, ut refellere non oporteat, si quis reliqua ad hanc rem velit, *Cujacium* adeat.

14 At quis est, qui nesciat, quàm à veteribus, recentioribusque hæc *l. frater a fratre D. de cond. indeb.* vexata sit, cum tamèn *Pragmatici* eorum dictis insupèr habitis, duo desumunt. Primum, quòd obligatio crediroris confundatur per successionem debitoris. Secundum, quòd obligatio naturalis inhæret: Et hæc desumpsère à *Bartolo*, *Baldo*, & *Jasone*, *Cagnolo*, *Croto*, *Caccialupo*, & similibus, ex quibus *Monticula* de inventario hæredis *num.* 417.

15 Primò tamèn observandum circa nututalem obligationem de qua ad hanc legem nonnulla *Faber* disseruit; quod sentiunt communitèr Nostri repetitionem soluti impedire, quia indebitum omninò non est, quod naturali accedente obligatione debetur, juxta Regulam tex. *in l. quamvis C. de usuris l. si fidejussor D. de fideiussoribus* aliorumque jurium collectorum à *Barcolten tract. de pactis cap. ult. num.* 62. Hinc fatentur tùm filiumfamilias, tùm servum naturalitèr, obligari adeòque & Monacum quem servo comparatum volunt ex *Abbate cons.* 104. *num.* 3. alijsque apud *Azorium instit. Moralium lib.* 12. *cap.* 11. *quæst.* 4. & *Lessium lib.* 2. *de justitia, & jure cap.* 2. ex quibus, & ex *Ognate de contractibus tract.* 2. *cap.* 10. *n.* 129. & *Sanchez lib.* 7. *cap.* 13. *num.* 37. ita decidendum in quadam causa in Foro defendit Vir Clarissimus, & eloquentia, ac Nobilitate conspicuus.

16 Secundò observandum quod ad huius legis expositionem tradunt meliora quam *Faber*, *Carondas* 1. *verisimil. cap.* 9. *Bellonous* 4. *suppu. cap.* 9. *Donellus* 14. *comment. cap.* 19. *Corasius in comment. Hotomanus*, & similes.

17 Denique sciendum, quod *Pragmatici* circa condictionem indebiti, notant, quòd illa com-

competat etiàm condẽnato in judicio summario ex *Rota Jannuensi decis.62.* Et quod qui conqueritur, solvisse indebitum, debet probare ità esse, eadem *Rota Januensis decis.3.num.2.decis.5.num.5.decis.103.* & *Menochius lib.2.casu 194.* & quod cum condictio indebiti sit stricti Juris, in ea non venient usuræ *Francus decis.319.Tepata lib.2. tit. de condic. indebiti*, à quo alia ad rem.

Et hæc nos, conjecturas investigando Viri Acutissimi *Antonij Fabri* scribebamus, id tamèn cuique obtestatum volumus fecisse studio veritatis indagandæ. Cæterùm nolle, Famæ, Gloriæ, & Existimationi hominis doctissimi quicquam derogatum, & si quæ liberius à nobis dicta, ea in sententiam non in personam excedisse putandum.

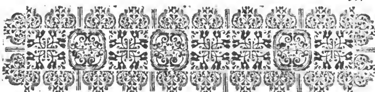
F I N I S.

LAVS DEO, B.V. & SS. Petro, & Paulo, reliquisque P.P.

Non mihi Domine non mihi, sed nomini tuo da Gloriam.



IN-



INDEX
ARGUMENTORUM SEQVENTIVM LIBRORVM.

LIBRI VNDECIMI.

LIBRI DVODECIMI.

5. De

LIBRI DECIMITERTII.

LIBRI DECIMIQVARTI.

5. De-

LIBRI DECIMIQVINTI,

LIBRI DECIMISEXTI.

LIBRI DECIMISEPTIMI.

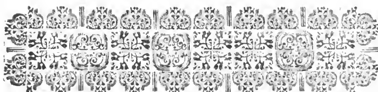
LIBRI DECIMIOCTAVI.

LIBRI DECIMINONI.

LIBRI VIGESIMI.



INDEX



INDEX

OMNIVM MATERIARVM LOCUPLETISSIMUS.

Dat primus folium numerus; ſed dogma ſecundus.

Au-

INDEX

Confessio.

Confusio.

Coniectura.

Coniux.

Correus.

Con-

Consensus.

Consilium.

Constitutarius.

Constitutio.

Constitutum.

Consuetudo.

Consul.

Contrahere.

Contumacia.

Contumax.

Conventus.

Credens.

Creditor.

peti-

D

Desistens.

Dies.

Differentia.

Dignitas.

Disparitas.

Disponere.

Divisio.

Dolus.

Dominium.

Dominus.

Dos.

versa

E

Ædificans.

Ædificium.

Effectus.

Electio.

Emens.

Emphyteoticarius.

Emptio.

Emptor.

Episcopus.

Æquitas.

Error.

Exceptio.

Exequutio.

Exigibilitas.

Expensæ.

Exteri.

Æxtimatio.

Extraneus

Evictio.

Fal-

F

Falcidia.

Falsificans.

Falsitas

Famulus.

Fenestra,

Feudatarius.

Feudum.

Fideicommissarius.

Fideicommissum.

Fideiussor.

Filia.

Filius.

Fiscus.

in

test,

Hæreditas,

Hortus

Hypotheca.

I

Immunitas.

Impeditus.

Incertitudo.

Incrementum.

Instituti.

Institutio.

Instrumentum.

Legatum.

Legitima.

Læsio.

Lex.

Liberatio.

Libertas.

Libertus.

Limitatio.

Liquidatio.

Litte-

Mu-

Muller.

Munus.



N

Necessitas.

Nepos.

Neptis.

Nomen.

Notarius.

Novatio.

Numerus

Nuncians.

Nunciatio.



O

Obligatio.

Obligatus.

Officium.

Onus.

Oratio.



P

Pactum.

Par.

Pars.

Particula.

Præscriptio.

Pretium.

Prætor.

Princeps.

Privilegium.

Probatio.

Procurator.

Prohibitio.

Prohibitus.

Promissio.

Propositio.

Pupillus.

nec

Re-

Servitus.

Servus.

Socius.

Soluens.

Solutio.

Solutum.

Soror.

Stipulans.



Stipulatio.

Substitutio.

Substitutus.

Successio.

Successor.

T

Tempus.

Testamentum.

Testator.

Testis.

Transactio.

Tutor

V

Vassallus.

Vendens.

Venditio.

Venditor.

Verba.

Verbum.

Vicinus.

Vindicatio.

Violatio.

Vir.

Voluntas.

Vsucapio.

Vsurae.

Vsus.

IOSEPH DOMENICHI

ΤΟΥ ΒΟΡΓΙΟΥ ΕΓΚΩΜΙΟΝ

Devexat Faber leges: defendit honorem
Iustitiæ, Calami Borgia cuspidibus.

Quis poterit tantum Fortis divertere acumen;
Quà agnitione premit, Quà ratione cluit?

Det gramen. ferre hìc Victoris jura necesse est,
Vel fabrefacta sibi, vel fabricata, sui.

L A V S D E O,

Ac Beatissimæ Virg. eius Matri Immaculatæ Conceptæ.

ALLO-

ALLOCVTIO
AD LECTOREM.

ITerum, & tertiò te alloquor. de mendis, & erratis in operis impreſſione monitum te volo, & exoratum, ea ne mihi imponas, ſed ut aliàs dixi, pedeſtri typographorum incuriç, & inevitabili librorum fato: unde neque excuſationes ipſas inſontes, ſed illorum delictorũ quorum veniã petebant in actu Reas vidiſti. Fateor me etiam, & forſan inſigniores admiſiſſe errores, & qui non in locutionis, & literarum inverſione, ſed in rebus ipſis tractatis irrepſerint; atqui ut dicebat ex Martiale idem noſter Faber.

Sunt bona, ſunt quædam mediocria, ſunt mala plura
Quæ legis hic: aliter non fit, amice, liber.

Profiteor tamen nil à me dictum quod ſuas, ſaltem probabiles, non habeat rationes quas, qui æquo animo, non captandi anxio, aut præiudicio Authoritatis occupato requiret, facilè inveniet. Vale.

N O T A

DE' LIBRI STAMPATI

DA ANTONIO BVLIFON

Coſtantino il grande Poema heroico di Camillo de Notarijs in 4. 1677. carta reale.
Avanzi delle Poſte di Carlo Celano in 8. 1676.
Comedie dell'iſteſſo ſotto nome di Ettore Calcolona, cioè
La Pietà Trionfante, overo l'Empietà Domata in 12. 1676.
L'Ardito Vergognoſo 1676.
S. Caſimiro in 12. 1676.
La Forza della Fedeltà in 12. 1676.
Avvenimenti di Fortunato tradotto dal Franceſe da Pompeo Sarnelli in 12. 1676.
Antichità di Pozzuolo dell' iſteſſo in 4. 1675.
Alfabeto Greco del medeſimo in 12. 1674.
Alfabeto Latino del medeſimo in 12. 1676.
Dio Solo con aggiunta del Sarnelli in 24. 1675.
Donato Diſtrutto rinovato dal medeſimo in 12. 1675.
Ordinario Grammaticale del medeſimo in 12. 1677.
Giuoco d'Armi de i Sourani, e Stati d'Europa in 18. 1677. con le carte.
Detto Giuoco in verſi da D. Domenico d'Aquino in 16. 1678.
Epiſtole Poetiche di D. Antonio Muſcettola in 12. 1678.
Roſaura Comedia del detto in 12. 1678.
Hiſtoria della Città, e Regno di Napoli di Gio: Antonio Summonte in 4. quattro Tomi con gionta d'una raccolta di varie notitie hiſtoriche in 4. e l'Antichità di Pozzuolo in 4.
Hiſtoria, e Vita de'Poeti Greci, & Italiani di Lorenzo Craſſo in foglio 1678.
Leggendario delle Vergini in 8. 1677.
Magia Naturale di Gio: Battiſta della Porta in 4. 1677.
Raccolta di varie notitie hiſtoriche di Tobia il maggiore in 4. 1675.
Sedicini Grammatica in 8. 1677.
Emmanuelis Grammatica in 16. 1678.
Dictamenes de ſpiritu. Sacado del P. Nieremberg. in 16. 1678.
Cunto delli Cunte in lingua Napolitana in 12.
Biblioteca Napolitana di Nicolò Toppi in foglio 1678.
Borgiæ inveſtigationes iuris adverſus Conied. Fabri in fol. 2. Tomi 1678.
Succeſſi di Eumolpione di Domenico Regio in 12. 1678.
Morello Medicinale patrocinium in ſanguinis circulation. in 4. 1678.
Specchio del Clero Secolare, overo Vite de'Santi Preti Secolari di Pompeo Sarnelli in 4. ſotto il Torchio.
Maſucci adverſus Calvinum in 4. 1678.